

ISTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO, FIRENZE

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

EUI WORKING PAPER No. 50

EGUAGLIANZA E LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI:

**Principio di Eguaglianza e Divieti di Discriminazione
nella Giurisprudenza Comunitaria in Materia di Diritti di
Mobilità Territoriale e Professionale dei Lavoratori**

a cura di

Massimo A. BENEDETTELLI

giugno 1983

320

EUI
G20650



BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

Tutti i diritti riservati

Vietata la riproduzione anche parziale

senza il consenso dell'autore

**© Massimo A. Benedettelli
Printed in Italy in June 1983
Istituto Universitario Europeo
Badia Fiesolana
50016 San Domenico (FI)
Italy**

Introduzione

Per quanto ancora si dibatta in dottrina sull'esatto valore dell'affermazione normativa del principio di eguaglianza (1), è comunque indiscusso che esso rappresenti uno dei "fondamenti" dei sistemi giuridici moderni. Inteso fra l'altro quale fonte di un obbligo generale di "ragionevolezza" delle classificazioni normative (2), tale principio ha trovato infatti riconoscimento nella maggior parte degli ordinamenti statali occidentali, ponendosi fra i più essenziali strumenti di garanzia costituzionale (3).

Com'è noto, in nessun articolo del Trattato di Roma istitutivo della Comunità Economica Europea l'"eguaglianza di fronte alla legge" viene invece affermata fra le norme fondamentali del sistema. Oltre a specifici divieti di discriminazione "economica" finalizzati alla eliminazione di imperfezioni del gioco concorrenziale (4), e all'obbligo della parità di trattamento salariale fra uomini e donne, sancito fra le disposizioni in materia di politica sociale (5), il Trattato pone infatti un unico (e parziale) imperativo egualitario di portata generale: il divieto, formulato fra i "principii" istituzionali della Comunità e successivamente ripreso in varie norme particolari, di discriminazioni fondate sulla nazionalità (6). Anche se ciò non stupisce data la natura "funzionale" dell'ordinamento (7) e la limitata gamma di "competenze d'attribuzione" all'interno della quale questo agisce (8), nondimeno, proprio in ragione della generalissima funzione di garanzia che il principio di eguaglianza svolge una volta riconosciuto in un sistema normativo, ha senso a nostro avviso chiedersi quale sia il suo ruolo nel controllo comunitario di legalità (8 bis). In particolare, se per l'interpretazione del principio data dalla Corte di Giustizia, tale ruolo debba effettivamente ritenersi limitato a tali parziali profili, o se invece sia possibile individuare, o ipotizzare, tendenze verso un suo ampliamento, sulla falsariga della più ricca ed elaborata esperienza degli ordinamenti nazionali.

E' questa ovviamente, tematica assai vasta, che andrebbe indagata in riferimento alla complessiva esperienza giuridica comunitaria. Questo lavoro, studiando il modo in cui il problema si è posto in uno specifico settore dell'integrazione, vale a dire in riferimento ai diritti di mobilità territoriale e professionale (9) riconosciuti nell'ambito della disciplina sulla libera circolazione dei lavoratori (art. 48 e ss.) (10), ne costituisce dunque solo un primo, parziale e consapevolmente limitato approccio.

L'analisi procederà nel modo seguente. Dopo una sintetica ricostruzione di funzione e struttura del "giudizio di eguaglianza", la prassi della Corte di Giustizia verrà esaminata seguendo i vari livelli

analitici che è necessario affrontare per giungere alla definizione di un atto o comportamento quale fonte di una discriminazione in violazione del diritto comunitario, e cioè l'accertamento: in primo luogo, della riconducibilità della fattispecie a materie su cui si estende la competenza comunitaria; in secondo luogo, del carattere arbitrario dell'atto o comportamento adottato; in terzo luogo, della assenza di eventuali esplicite previsioni normative che, in via di eccezione, legittimino la acclarata arbitrarietà.

Verranno dunque definiti in successione: l'ambito di applicazione (*ratione materiae, subiecti, loci*) ed i destinatari del controllo di legalità *ex* principio di eguaglianza; le tecniche interpretative ed i parametri sostanziali attraverso i quali esso si attua; le eventuali deroghe alla operatività del principio. Finalmente, dalla analisi del materiale così raccolto e sistemato, e nei limiti in cui ciò è possibile in uno studio di prassi giurisprudenziale, cercheremo di ricavare alcune conclusioni di carattere generale.

2. Il "giudizio di eguaglianza" quale test di ragionevolezza delle differenziazioni normative: funzione e struttura.

E' essenzialmente con la rivoluzione borghese continentale e con la conseguente proclamazione delle prime Carte costituzionali (11) che il principio della "eguaglianza dei cittadini (o individui) di fronte alla legge" (12) assume autonomo rilievo normativo, affermandosi, sullo sfondo delle ideologie del contrattualismo democratico (13), anche e soprattutto quale inderogabile limite *materiale* all'esercizio discrezionale del potere.

In tale accezione esso va ovviamente distinto da quella generica condizione di eguaglianza che qualsiasi ordinamento giuridico, anche il più discriminatorio, produce nei confronti dei propri soggetti, appunto "eguali" nel lato, e poco significativo, senso di risultare sottoposti al medesimo sistema organizzato di comandi (14). Non solo, ma esso non va neanche confuso, come avviene più spesso (15), soprattutto nella letteratura anglosassone di influsso diceyano (16), con la natura generale ed astratta della legge e con il relativo obbligo di imparzialità del giudice e della pubblica amministrazione nella applicazione di questa: in tal caso, infatti, ci si trova piuttosto di fronte ad una articolazione del distinto (e, peraltro, anch'esso fondamentale) principio di legalità (17), in sé perfettamente conciliabile con la presenza nell'ordinamento di norme discriminatorie (che vi siano

“des juges à Berlin” non dice nulla sul contenuto della legge che questi sono chiamati ad applicare, sia pure a garanzia di un semplice mugnaio e nei confronti dei comportamenti illeciti di un sovrano).

Il senso funzionale del moderno principio di eguaglianza, cui si fa qui riferimento, è dunque un altro (e ben più pregnante), ed è quello di porsi quale “standard for the criticism of the legislation” (18), e cioè, come rilevato inizialmente, quale limite al *contenuto* della legislazione, o meglio della attività normativa in generale: per riprendere una formula kelseniana, l’“égalité dans la loi” più che l’“égalité devant la loi” (19).

Ma cosa vuol dire “diritto eguale”? Alla lettera il concetto potrebbe risultare intrinsecamente contraddittorio perché ogni norma, per definizione, opera attraverso classificazioni e quindi necessariamente differenzia tra i membri del corpo sociale nel quale è posta. In realtà, si tratta di superare una certa ambiguità semantica, comprendendo come *eguaglianza* di due o più fattispecie non significhi loro *identità* (in tal caso, da un punto di vista logico, ci si troverebbe infatti di fronte ad un’*unica* fattispecie), ma loro *equivalenza* o *analogia*, e cioè presenza in fattispecie, pur diverse sotto vari e molteplici aspetti, di *elementi comuni in relazione ad un particolare profilo* (20).

La natura essenzialmente relazionale del concetto chiarisce dunque il ruolo che esso può svolgere quale principio fondamentale in un ordinamento giuridico (21): imponendo di disciplinare, per riprendere la massima aristotelica dell’Etica Nicomachea, “egualmente ciò che è eguale, disegualmente ciò che è diseguale”, esso crea un onere, per così dire, di giustificazione nei confronti di qualsiasi differenziazione normativa, vietandone l’arbitrarietà.

Ma, ecco il vero problema, arbitrarietà rispetto a che cosa? La esperienza dei sistemi giuridici occidentali (22) porta a ritenere che i “profili” rispetto ai quali valutare la coerenza della classificazione risiedano da un lato nel *fine (o scopo) perseguito dalla norma* e dall’altro (ciò che non sempre è colto con chiarezza) nella *concezione sostanziale di eguaglianza accolta dall’ordinamento*. In tal senso la relazione fra norma e realtà sociale imposta dal principio risulta definibile in termini di *ragionevolezza*, a sottolineare le distinte esigenze di razionalità e giustizia che concorrono al suo interno (23). Se è infatti vero che attraverso lo scrutinio di eguaglianza passa un controllo formale (esente cioè da giudizi di valore) di “razionalità obbiettiva” del sistema normativo (24), tendente a correggerne gli inevitabili ed inintenzionali “scoordinamenti” interni (25) con l’assicurare che ogni classificazione includa effettivamente tutti i soggetti (e solo i soggetti) situati in modo simile rispetto

al fine della norma, quale che questo sia; è anche vero, però, che lo scrutinio svolge spesso un'altra e ben più profonda funzione, che è quella di proteggere contro eventuali lesioni (anche nei confronti del legislatore) un dato assetto di situazioni sostanziali di vantaggio, costituenti il "nucleo forte" dell'idea di eguaglianza fatta propria dal sistema. In altri termini, non si ha discriminazione solo quando manca razionalità nel nesso fra classificazione adottata e scopo perseguito, ma anche quando, pur sussistendo tale nesso razionale, la disposizione pone in essere differenziazioni che *a priori* l'ordinamento assume come illegittime perché ingiuste, cioè in contrasto con fondamentali valori di giustizia distributiva da esso tutelati.

Definito in tal modo il significato funzionale del controllo di legalità sulla base del principio di eguaglianza, risulta possibile adesso chiarire il modo in cui questo viene a strutturarsi.

A nostro avviso, vanno distinti tre livelli di quello che, data la analisi sin qui svolta, potremmo chiamare "test di ragionevolezza delle differenziazioni normative".

Il primo livello del test concerne il *fine* perseguito dalla disciplina impugnata, nel duplice senso che deve sussistere un fine, in assenza del quale la norma è per definizione discriminatoria perché fonte di differenziazioni prive di qualsiasi giustificazione, e che tale fine deve essere legittimo. Legittimità del fine può significare, *lato sensu*, che questo deve risultare riconducibile ad interessi costituzionalmente protetti (e sotto questo profilo il giudizio di eguaglianza finirebbe, grosso modo (26), per risolversi nel giudizio di costituzionalità *tout court*): è l'ipotesi di quella dottrina (27) che, interpretando il principio nella sua accezione paritaria massima, e cioè come divieto assoluto di differenziazioni, ne ammette la deroga solo sulla base di norme pari grado, e cioè, appunto, di altre norme costituzionali, in tal modo ipotizzando una piena funzionalizzazione dell'attività legislativa e riducendo il test di ragionevolezza ad un giudizio sull'eccesso di potere). Più limitatamente, legittimità del fine può voler dire assenza di intento discriminatorio nella disciplina, nel senso che questa non deve risultare diretta a porre in essere differenziazioni "odiose", e cioè lesive del "nucleo forte" del principio.

Il secondo livello del test riguarda la *classificazione soggettiva* adottata: posto che la norma persegue un fine, e che tale fine è legittimo, va verificato che *tutti* i soggetti e *soltanto* i soggetti che, per la condizione in cui si trovano, risultano razionalmente in rapporto con quel fine, siano poi i destinatari del comando normativo. In altri termini, si tratta di vagliare la corrispondenza fra due classi:

la classe di soggetti individuabile a partire dal fine della norma, e la classe di soggetti ai quali la norma effettivamente estende il proprio ambito di applicazione (28).

Il terzo (e ultimo) livello del test riguarda infine il *comando normativo*: discriminazione può aversi anche nel caso in cui irragionevole rispetto al fine perseguito risulti non la classificazione soggettiva, ma la misura adottata, o perché priva di nessi logici con quello, o perché ad esso non ragionevolmente proporzionata.

[Ovviamente, definire la struttura formale del giudizio di eguaglianza non significa averne chiarita la "profondità", vale a dire i margini entro i quali attraverso di esso può essere limitata la discrezionalità del potere politico. Rispondere alla questione vorrebbe dire entrare nell'intricatissima *querelle* sulla legittimità della *judicial review* (e sui suoi limiti), ciò che non è possibile fare esaurientemente in questa sede. Nondimeno è facile cogliere, anche in questo campo, la tendenza ad accentuare o meno la rigidità dello scrutinio a seconda della natura degli interessi materiali che entrano in gioco: ed infatti, le "suspect or forbidden classifications", e cioè le classificazioni ritenute *prima facie* o *a priori* illegittime perché lesive del "nucleo forte" del concetto materiale di eguaglianza - rispetto alle quali, come già detto, il controllo si fa più penetrante - risultano tutte attinenti a condizioni della personalità umana, nei confronti delle quali, come conferma la dottrina statunitense dei "preferred rights", sembra che in genere la garanzia della giustizia costituzionale debba mantenersi massima, e minima la disponibilità del potere politico. A tale proposito, ma soltanto in via incidentale, ci si può chiedere se, proprio in coerenza con questo modello, il controllo giudiziale non potrebbe spingersi oltre, finendo con l'imporre obblighi positivi in vista del conseguimento degli obiettivi di giustizia sostanziale ricompresi nella moderna idea di eguaglianza: in altri termini, l'ipotesi cui si è fin qui fatto riferimento è quella per cui *se* una norma è posta, *allora* essa non deve risultare discriminatoria, ma non sarebbe affatto impossibile immaginare (e la giurisprudenza delle corti statunitensi in tema di "civil rights injunctions" ne è conferma (29)) che dal principio si ricavino anche *doveri* di normazione al fine di modificare preesistenti situazioni di disparità che l'ordinamento ritiene ingiuste].

Queste schematiche indicazioni su funzione e struttura del giudizio di eguaglianza per quanto sommarie e consapevolmente approssimative risultano particolarmente utili per i successivi svolgimenti dell'indagine.

Da un lato, esse danno conferma del ruolo che l'“eguaglianza di fronte alla legge” può svolgere, in coerenza con l'esperienza del costituzionalismo moderno, quale clausola essenziale della *higher law* dell'ordinamento comunitario. Infatti, anche (diremmo, soprattutto) nelle Comunità, caratterizzate da una produzione normativa quanto mai complessa e farraginosa, notevolmente pressante risulta l'esigenza di evitare “scoordinamenti obbiettivi del sistema normativo”, e l'illogico trattamento differenziato di situazioni analoghe che ne può derivare; d'altro canto, nulla impedisce di ritenere che nel perseguimento delle pur limitate finalità del processo integrativo l'ordinamento comunitario esprima e tuteli un determinato assetto di situazioni sostanziali di eguaglianza, individuando così una propria gamma di classificazioni “sospette” o “proibite”.

D'altro lato, l'individuazione della struttura del test di ragionevolezza delle differenziazioni normative consente di disporre di uno schema teorico idoneo ad una lettura organica, sotto il profilo in esame, della giurisprudenza comunitaria. Ciò che sarà appunto oggetto, nella successione indicata inizialmente, della prossima analisi.

3. Il giudizio comunitario di eguaglianza in materia di diritti di mobilità territoriale e professionale dei lavoratori. L'ambito di applicazione: A) *ratione materiae*; B) *ratione subjecti*; C) *ratione loci*.

Dati gli strutturali limiti di giurisdizione della CEE, va innanzitutto chiarito quand'è che una disposizione normativa attinente alla mobilità territoriale e professionale dei lavoratori rientri nell'ambito in cui si estende, *ratione materiae*(A), *subjecti*(B), *loci*(C), la competenza comunitaria, e risulti quindi di riflesso sottoponibile al giudizio comunitario di eguaglianza.

(A) Rispondere sul primo punto significa definire l'estensione *ratione materiae* degli artt. 48 ss. e delle norme derivate di attuazione (30). Ora, non è questa la sede per una precisa esegesi di tale disciplina, considerata l'ampia e accurata letteratura già esistente sul tema, cui si fa qui rinvio (31), e sembrandoci più stimolante soffermare l'indagine su alcune tendenze emergenti, sotto il profilo in esame, nella giurisprudenza della Corte comunitaria.

Prima di procedere in tal senso può comunque essere utile richiamare, per completezza di analisi, per lo meno i tratti essenziali di tale normativa. E cioè, in rapida sintesi: 1) Il Trattato di Roma non tutela una generale libertà personale di movimento all'interno del territorio delle Comunità (che

potrebbe piuttosto rientrare fra i cosiddetti "diritti speciali" di cui si auspica da tempo il riconoscimento (32), ma protegge, più specificamente, la libera circolazione *dei lavoratori*, e cioè l'assenza di ostacoli al flusso del fattore di produzione lavoro nell'ambito del mercato comune; sia pur letta come mero strumento per il conseguimento di più generali obiettivi di sviluppo sociale e giustizia redistributiva (33), o come stadio iniziale di un processo tendente al riconoscimento di una cittadinanza europea (34), la disciplina in esame presenta dunque una valenza essenzialmente "economica", tale dato costituendo un ineliminabile prerequisito per la riconducibilità ad essa di una qualsiasi fattispecie (35).

- 2) Come si evince peraltro chiaramente dalla presenza di una distinta normativa per quel che riguarda la libera circolazione dei lavoratori autonomi (artt. 52-66), la disciplina degli artt. 48 ss. vale solo nei confronti dei prestatori di lavoro subordinato, nozione questa di cui la Corte, sin dalla sua prima giurisprudenza in materia (36), ha sottolineato la natura "comunitaria" (al fine, evidente, di evitare che ogni Stato membro potesse discrezionalmente darle un contenuto diverso, così svuotando gli imperativi comunitari di significato).

- 3) Dalle norme sulla libera circolazione dei lavoratori, ed in attuazione del principio-base del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità, scaturisce tutta una gamma di situazioni giuridiche di vantaggio, distinguibili, secondo una già ricordata classificazione (37), in *diritti di mobilità territoriale* e *diritti di mobilità professionale*. Alla prima categoria, fra i diritti sinora esplicitamente riconosciuti, vanno ricondotti: il diritto di trasferimento, e cioè il diritto di uscita dal proprio paese di residenza e di entrata in un altro Stato membro al fine di accettare una offerta di lavoro effettiva (o anche, come sembra sostenere la Corte (38), per cercarvi una occupazione); il diritto di soggiorno, certificato da documenti (dichiarativi e non costitutivi del diritto stesso) (39) che lo Stato è tenuto a rilasciare e che può negare solo nel caso di disoccupazione volontaria (in tal caso, infatti, non ci si troverebbe più di fronte ad un "lavoratore" in senso stretto); il diritto di permanenza, e cioè la facoltà di continuare a risiedere nello Stato ospite dopo la cessazione, per pensionamento o per invalidità permanente, del rapporto di lavoro. Come diritti di mobilità professionale sono stati invece affermati: il diritto alla parità di trattamento con i lavoratori nazionali nell'accesso all'impiego (e cioè un "diritto comunitario al lavoro", che è poi l'innovazione principale rispetto ai tradizionali trattati di diritto internazionale dell'emigrazione) (40); il diritto alla parità di trattamento con i lavoratori nazionali nelle condizioni di impiego e di lavoro (retribuzione, licenziamento, reintegrazione e ricollocamento professionale,

godimento dei diritti sindacali, vantaggi sociali e fiscali in genere connessi alla condizione di lavoratore, accesso alla locazione ed all'acquisto di un alloggio); il diritto a farsi raggiungere dalla propria famiglia (cui si estendono quindi automaticamente i su citati diritti di mobilità territoriale) e ad ottenerne l'integrazione nel paese di arrivo (per cui i familiari del lavoratore godono essi pure dei diritti di mobilità professionale, del diritto ad un alloggio "normale", del diritto a frequentare corsi di studio alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato di dimora).

Così tratteggiato a grandissime linee l'ambito materiale di applicazione della disciplina, come già si diceva sembra piuttosto utile soffermarsi con maggiore attenzione su alcuni orientamenti emergenti nella giurisprudenza comunitaria di particolare rilievo ai fini della presente analisi.

Innanzitutto i giudici di Lussemburgo sembrano accedere ad una interpretazione particolarmente restrittiva del significato della clausola "libera circolazione *all'interno della Comunità*". Questa assurgerebbe infatti ad interesse comunitariamente protetto solo in presenza di elementi, per così dire, di "transnazionalità", nel senso che l'ordinamento comunitario non tutelerebbe una generale libertà di movimento dei lavoratori sul territorio delle Comunità complessivamente considerato (come pure sostenibile sulla base della lettera dell'art. 48 (41)) ma si riferirebbe, più limitatamente, alla facoltà del lavoratore di muoversi senza ostacoli *fra* gli Stati membri. Il fenomeno disciplinato sarebbe dunque soltanto (e non solo essenzialmente) quello della migrazione fra Stati, e dai vantaggi di tale disciplina risulterebbero quindi escluse situazioni ad esso non riconducibili.

Più che a segni in tal senso provenienti da rapidi passaggi in questa o in quella sentenza (per esempio in *Rutili* la Corte risolve il contenuto dell'art. 48 *tout court* nei "diritti dei cittadini degli Stati membri di entrare nel territorio di un altro Stato membro, di soggiornarvi e di spostarsi all'interno di esso") (42), ci riferiamo qui alla dottrina, peraltro ancora ambigua (43), delle "situazioni puramente interne" ad uno Stato membro, individuate nei due casi *Knoors* (44) e *Saunders* come limite generale alla operatività del diritto comunitario. Posta in entrambi i casi di fronte alla questione del se le norme sulla libera circolazione delle persone creino o meno diritti di cui i singoli possano godere di fronte al proprio Stato di cittadinanza, la Corte risponde in linea di principio affermativamente, richiedendo però, per riprendere le parole della Commissione (45), che sussistano elementi di collegamento della fattispecie con "fatti avvenuti in un altro Stato membro", e cioè, appunto, elementi di "transnazionalità" in assenza dei quali questa risulta "estranea all'ambito di applicazione del Trattato" (46).

Alla notevole restrizione così operata dei diritti derivabili dagli artt. 48 ss. (e quindi delle possibilità di azionare, sulla loro base, un controllo comunitario di ragionevolezza delle differenziazioni normative), fa peraltro da contrappeso l'atteggiamento "aperto" mostrato dalla Corte sotto altri due profili, su cui conviene mettere l'accento.

In primo luogo, nel valutare i rapporti fra la materia comunitarizzata della libera circolazione dei lavoratori e le competenze ritenute dagli Stati membri in altri settori, la Corte ha affermato in modo inequivocabile la funzionalizzazione di queste a quella. Per esempio, nella nota sentenza *Casagrande* (47) si è sostenuto che "benché a norma del Trattato il settore dell'istruzione e della preparazione professionale non rientri, di per sé stesso, nella competenza delle istituzioni comunitarie, ciò non significa che l'esercizio dei poteri conferiti alla Comunità debba essere in qualche modo limitato quando possa avere ripercussioni su provvedimenti adottati nel settore" (48), e sostanzialmente lo stesso tipo di ragionamento ha portato la Corte a limitare *ex art.* 48, sia pure in varia misura (49), i poteri statali in materia di conoscenza dei movimenti della popolazione sul territorio (50), di garanzia della sicurezza stradale (51), di ordine pubblico (52). Ciò vuol dire che, in pratica, si è riconosciuta la possibilità di sottoporre a controllo gli Stati membri ogni qual volta la loro attività, quale che sia il settore in cui si svolge, venga ritenuta fonte di effetti, anche indiretti, sull'interesse comunitariamente protetto dalla libera circolazione dei lavoratori; ed è evidente quale ampliamento delle possibilità di ricorso nel foro comunitario venga in tal modo a prodursi.

Alla stessa conseguenza conduce d'altro canto la tendenza della Corte ad interpretare estensivamente le norme relative alla integrazione del lavoratore e della sua famiglia nel paese di dimora. Tale tendenza è emersa chiaramente, per esempio, allorché la Corte, nel valutare l'ambito di operatività dell'obbligo della parità di trattamento nella corresponsione di vantaggi sociali e fiscali (art. 7 Reg. n. 1612/68) ha abbandonato la tesi, originariamente adottata (53), secondo la quale tale obbligo riguardava solo prestazioni in diretto collegamento con il contratto di lavoro: preannunziata da un simile approccio nella interpretazione della parallela disciplina sulla sicurezza sociale dei lavoratori migranti (54), e già evidente comparando il citato caso *Michel S.* con la più recente pronuncia *Inzirillo* (55), tale evoluzione giurisprudenziale ha trovato chiara conferma nelle esplicite affermazioni della Corte nel caso *Cristini* (56). D'altronde, nel riconoscere ai familiari del lavoratore migrante la titolarità di tali diritti anche dopo la morte di questi (*Cristini*), nell'includere fra i vantaggi

sociali anche gli assegni per i figli minorati adulti (*Inzirillo*), le riduzioni ferroviarie per famiglie numerose (*Cristini*), le borse di studio (*Casagrande, Alaimo*) (57), i sussidi per la partecipazione a corsi di rieducazione per minorati (*Michel S.*), nell'estendere la parità di trattamento anche a certe forme particolari di tutela contro il licenziamento (*Marsman* (58), *Ugliola* (59)), e così via, i giudici di Lussemburgo danno conferma di questo *favor* verso l'ampliamento dello status giuridico del lavoratore migrante, che finisce indirettamente per tradursi, come si notava inizialmente, in una ulteriore estensione, *ratione materiae*, della giustiziabilità comunitaria del principio di non discriminazione.

B) Così definito il contenuto delle situazioni di vantaggio risultanti dalla disciplina comunitaria in tema di mobilità territoriale e professionale dei lavoratori, ci si deve poi chiedere chi sia beneficiario di tali situazioni, e cioè quali soggetti siano legittimati ad agire giudizialmente in vista della loro tutela.

La natura "sovranzionale" del sistema comunitario rende in teoria configurabili tre ipotesi, nel senso che la garanzia potrebbe valere: a) a favore dei lavoratori in quanto tali, e cioè a favore di chiunque (cittadino di uno Stato membro, cittadino di uno Stato terzo, rifugiato o apolide) si trovi a muoversi, nella condizione di lavoratore subordinato, nel territorio su cui le Comunità Europee hanno giurisdizione; b) a favore dei lavoratori in quanto cittadini di uno Stato membro; c) diverso da quello al quale la fattispecie sottoposta a valutazione fa riferimento.

Nella verifica di queste ipotesi, nessuna difficoltà si pone per la prima, che va senz'altro respinta, e per l'ultima, che va invece senz'altro accolta. Da un lato, infatti, anche gli Autori che danno l'interpretazione *ratione subiecti* più estensiva del generale divieto di discriminazioni secondo nazionalità posto nell'art. 7 (nel senso, appunto, di ritenerlo valido *erga omnes* poiché finalizzato alla liberalizzazione di movimenti economici più che alla creazione di diritti soggettivi individuali), nondimeno non possono non riconoscere, data l'inequivocabilità del testo normativo, che gli artt. 48-66 limitano l'operatività di tale principio ai soli cittadini degli Stati membri (60). D'altro lato, che il Trattato di Roma, disciplinando la libera circolazione dei lavoratori subordinati, si riferisca *essenzialmente ed in primo luogo* al fenomeno della migrazione interstatale, è cosa talmente ovvia da non richiedere di essere dimostrata.

I problemi sorgono invece allorché (nell'ambito dell'ipotesi di cui a b) ci si interroga sulla possibilità che diritti in materia (61) vengano attribuiti a cittadini di Stati membri anche a fronte di

situazioni connesse al loro stesso Stato di appartenenza. La questione può assumere rilievo sotto un duplice profilo. Non si tratta infatti soltanto di verificare, in negativo, se la realizzazione, nell'ottica dell'integrazione economica, di un mercato unico del lavoro salariato possa legittimamente comportare un trattamento più favorevole, in situazioni analoghe, dei lavoratori immigrati rispetto ai lavoratori del paese di dimora, ciò che originerebbe "discriminations à rebours" (o "reverse discriminations") (62); ma ci si può anche residualmente chiedere se, in positivo, il diritto comunitario possa porsi come fonte ulteriore (ulteriore rispetto al diritto nazionale) per la garanzia di situazioni di vantaggio "fondamentali" quali appunto quelle relative alla libertà di movimento, alla libertà di iniziativa economica, alla parità di trattamento in senso lato. La risposta dipenderà, ovviamente, dal significato attribuito al divieto di discriminazioni *fondate sulla nazionalità* (e cioè alla "direzione" nella quale si pensa questo debba operare), sullo sfondo della più generale definizione dell'ambito materiale su cui si ritiene si estenda, *ex art. 48 ss.*, la competenza comunitaria; dati questi da interpretare, sembra suggerire la Corte nel caso *Knoors* (63), più avendo cura del senso complessivo della normativa in materia che fermanosi alla lettera, spesso ambigua (64), del Trattato.

Ciò premesso, che indicazioni giungono alla giurisprudenza comunitaria? Ben poche, almeno in riferimento allo specifico settore della libera circolazione dei lavoratori (65), se è vero che in nessuna sentenza il problema è stato posto e affrontato esplicitamente. Alcune indicazioni sull'orientamento della Corte in materia possono soltanto derivarsi in via alquanto indiretta dalla sentenza *Saunders* in cui, chiamata a valutare *ex art. 48* un provvedimento penale comportante un obbligo di residenza assunto da un tribunale inglese nei confronti di una lavoratrice cittadina del Regno Unito, la Corte ha dichiarato la propria incompetenza, trattandosi di una "situazione puramente interna ad uno Stato membro" come tale estranea all'ambito di applicazione del diritto comunitario. Quali elementi hanno giocato infatti nella qualificazione di tale fattispecie come "situazione puramente interna?". Non certo, va subito chiarito, il mero dato che ci si trovava di fronte all'esercizio da parte di uno Stato membro della giurisdizione penale a causa di fatti commessi nel proprio territorio: nonostante certi passaggi della sentenza potrebbero convincere in tal senso (66), una simile ipotesi va esclusa, ricordando come in altre occasioni (67) i giudici di Lussemburgo non abbiano esitato ad affermare l'esistenza di limiti comunitari in materia, a tutela dell'interesse fondamentale della libera circolazione. In realtà dalla brevi argomentazioni sembra ricavarsi che a decidere il caso siano essenzialmente considerazioni

ratione subiecti, nel senso che l'irrilevanza comunitaria viene direttamente derivata dal fatto (e dal solo fatto) che la misura restrittiva in esame è adottata dallo Stato membro nei confronti di una propria cittadina: ciò risulta chiaro soprattutto se si ricorda come nella precedente sentenza *Rutili*, posta di fronte ad un provvedimento sostanzialmente analogo (68) ma questa volta diretto ad un lavoratore straniero, la Corte aveva invece ritenuto possibile sottoporre i poteri statali a delle limitazioni (in particolare, all'obbligo della parità di trattamento secondo nazionalità). Ora, ciò contrasta non solo con quanto la Corte sembrava genericamente sostenere nel più antico caso *Wiblelm* (69), ma anche e soprattutto con la più recente ed esplicita sentenza *Knoors* in cui si escludeva, in pratica, che "puramente interne" fossero, automaticamente, tutte le situazioni coinvolgenti rapporti fra privati ed il proprio Stato di cittadinanza e si richiedeva invece, per accertare in casi del genere l'esistenza o meno di (possibili) diritti comunitari, una più attenta e "realistica" analisi della fattispecie alla luce degli obbiettivi di integrazione (70). Proprio per l'assenza di una analisi di tale genere, la sentenza *Saunders* può dunque essere letta come espressione per lo meno di disinteresse (o, se si preferisce, *self-restraint*) della Corte per la tutela dei diritti di mobilità del lavoratore subordinato in fattispecie connesse allo Stato di cui è cittadino: il che potrebbe condurre a forme di *scriminazioni à rebours* lesive delle più elementari esigenze di eguaglianza di fronte alla legge. Ad ogni modo, si tratta di meri spunti da una sentenza alquanto oscura e incentrata su un concetto, quale quello di "situazione puramente interna ad uno Stato membro" ancora ambiguo e dai contorni indefiniti: spetterà alla futura giurisprudenza superare tali incertezze e chiarire il punto in via definitiva.

C) Non solleva invece particolari difficoltà l'individuazione dell'ambito spaziale entro il quale un atto o comportamento relativo alla libera circolazione dei lavoratori deve situarsi per risultare sottoponibile allo scrutinio comunitario di eguaglianza.

Anche qui vale infatti la generale disposizione dell'art. 227,1, che estende *ratione loci* la competenza comunitaria (ferme restando le eccezioni ed i casi particolari di cui ai successivi comma 2-5) al territorio su cui gli Stati membri esercitano la propria sovranità (e a spazi geografici a questo assimilabili). Piuttosto, mette conto rilevare che, come sostenuto dalla Corte nel caso *Walrave* (72), non è necessario che il rapporto giuridico abbia origine e si svolga materialmente in tale ambito spaziale, essendo infatti sufficiente che esso vi produca i suoi *effetti*: in tal caso pratiche discriminatorie, pur realizzate all'interno di Stati terzi, risulteranno egualmente censurabili per

violazione del diritto comunitario (73).

4. *I destinatari del controllo.*

Prima di procedere alla analisi del modo in cui il giudizio comunitario di eguaglianza opera rispetto a fattispecie disciplinate dalle norme sulla libera circolazione dei lavoratori, va chiarito che i divieti comunitari di discriminazioni si indirizzano *a tutti* i soggetti dell'ordinamento.

A giudicare dalle sentenze qui in esame, infatti, lo scrutinio di ragionevolezza sembrerebbe esercitarsi essenzialmente nei confronti degli Stati membri, vale a dire a fronte di atti o comportamenti posti in essere da una qualsiasi (74) autorità pubblica nazionale e producenti effetti, sia pure indiretti, sui diritti di mobilità territoriale e professionale dei lavoratori.

In realtà, nulla impedisce di ipotizzare che, come già avvenuto in altri settori del diritto comunitario (75), regolamenti e direttive adottati *ex artt.* 48 ss. siano impugnati e giudicati per lesione del principio di eguaglianza. Se sinora in nessun caso la Corte è stata chiamata a sottoporre a scrutinio di ragionevolezza l'attività normativa svolta in materia dalla istituzioni di Bruxelles, ciò è dipeso soprattutto dalla specifica natura di tale disciplina, o meglio dall'interpretazione prevalente di questa che, risolvendone il contenuto grosso modo nella estensione da parte degli Stati membri del trattamento nazionale ai migranti comunitari, ha quindi richiesto una limitata produzione di diritto comunitario derivato.

Il principio di eguaglianza opera d'altronde anche nei rapporti fra privati, ponendosi come limite inderogabile al libero svolgersi della autonomia negoziale. Il punto è chiarito inequivocabilmente dalla Corte nel caso *Walrave*, lì ove essa sostiene che il divieto di discriminazioni *ex artt.* 7 e 48 "riguarda non solo gli atti della autorità pubblica, ma le norme di qualsiasi natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato": l'interesse fondamentale comunitario alla abolizione degli ostacoli alla libera circolazione sarebbe infatti compromesso "se oltre alle limitazioni stabilite da norme statali non si eliminassero anche quelle poste da associazioni o organismi di diritto pubblico nell'esercizio della loro autonomia giuridica" (76). D'altronde, nel dichiarare la nullità "di diritto" delle clausole di contratti collettivi o individuali o di altre regolamentazioni collettive che violino l'obbligo della parità di trattamento, sotto lo specifico profilo delle condizioni di accesso

all'impiego e di lavoro, l' art. 7,4 del Reg. n. 1612/68 si riferisce apertamente, come sottolinea la Commissione in *Marsman* (77), a *tutte* le clausole e quindi anche a quelle poste in essere da privati.

Non ci sembra di rilievo verificare se questa estensione dell'ambito di operatività dello scrutinio di eguaglianza si fondi o meno su una teoria di *Drittwirkung* (78) della *higher law* comunitaria, come pure si potrebbe ritenere alla luce di alcuni passaggi della sentenza *Walrave* su citata, per esempio lì ove la Corte afferma che "il principio di non discriminazione, in ragione del suo carattere imperativo, costituisce un parametro inderogabile per qualsiasi rapporto giuridico" (79). Ben più importante sarebbe invece stabilire in che misura la libertà contrattuale possa in tal modo essere limitata (considerato che, per quanto crescentemente "funzionalizzata" al perseguimento di obbiettivi sociali, essa continua a rappresentare uno dei valori base degli ordinamenti occidentali), e, soprattutto, verificare fino a che punto tali limitazioni possano essere direttamente derivate, in via giudiziale, dal generale principio di eguaglianza, prescindendo cioè da qualsiasi intervento ad opera del legislatore ordinario.

Come giustamente rilevato in dottrina (80), nessuna risposta precisa può essere data in linea meramente teorica, spettando alla futura giurisprudenza della Corte chiarire la questione, in relazione ai progressivi sviluppi del processo integrativo. Un'interessante indicazione viene comunque dalle Conclusioni dell'Avv. Gen. Trabucchi nel caso *Donà*, allorché vi si afferma, in riferimento al principio della parità di trattamento nell'accesso all'impiego, che da questo non deriva "un diritto ad essere assunti, ma soltanto un diritto a che non siano frapposti, neppure dai privati, degli impedimenti giuridici alla assunzione" (81). Il che significa sostenere che, per lo meno attualmente, il principio comunitario di eguaglianza limita la autonomia negoziale soltanto nel senso di sancire la nullità di clausole contrattuali discriminatorie, e non nel senso di imporre sui singoli obblighi positivi *de contrahendo*. A tale risultato, ammette l'Avv. Gen., si potrebbe certo giungere, ma solo qualora, sulla base di opportuni interventi legislativi promossi dalla Commissione, l'attività dei privati venisse sottoposta al controllo delle autorità amministrative.

5. La struttura formale

Una volta accertata la riconducibilità di una data fattispecie a materie su cui si estende la

competenza comunitaria, si apre dunque la possibilità di una sua valutazione alla luce del principio di eguaglianza. Attraverso quali forme logiche e tecniche interpretative questa si svolge, qual'è cioè la *struttura* del giudizio comunitario di ragionevolezza delle differenziazioni normative?

Sin dagli inizi della sua giurisprudenza la Corte accoglie la già indicata nozione "aristotelica" del principio, con l'affermare che dal diverso trattamento fatto a situazioni non comparabili non consegue automaticamente l'esistenza di una discriminazione, in quanto questa può sussistere non solo nel trattamento diverso di situazioni analoghe, ma anche nel trattamento identico di situazioni diverse (82).

Questa posizione, per cui lo scopo dello scrutinio è essenzialmente quello di verificare la non-arbitrarietà della differenziazione, trova puntuale conferma in numerose sentenze relative alla libera circolazione dei lavoratori, soprattutto (ma non solo (83)) lì ove la Corte giunge a legittimare classificazioni fondate sulla nazionalità: si considerino, per esempio, i casi *Watson* (84) e *Sagulo* (85), in materia di misure amministrative per il controllo dei movimenti della popolazione e di sanzioni adottabili in caso di loro inadempimento da parte di stranieri, *Choquet* (86), relativo ad esami per la concessione a stranieri di permessi di guida, *Walrave e Donà* (87), in tema di esclusione degli stranieri nella formazione di squadre sportive di rappresentanza nazionale. In queste ed altre occasioni la ragione per la quale i giudici di Lussemburgo ammettono la conformità al diritto comunitario di discipline differenziate risiede appunto nelle "obbiettive diversità" di fatto sussistenti fra le fattispecie in esame (per lo più in relazione alle particolarità della condizione di straniero (88)), che rendono non arbitraria la classificazione.

Ma sulla base di quali parametri di valutazione "diversità" o "eguaglianza" vengono ad essere stabilite? Nonostante alcune indicazioni provenienti dalla dottrina tedesca (89), la Corte non ricorre all'astratto criterio ontologico della "natura delle cose", ed adotta piuttosto un concetto relazionale di eguaglianza: essa considera infatti essenzialmente il rapporto intercorrente fra la norma impugnata ed il fine da questa perseguito, e ne giudica la "ragionevolezza", cioè, come già si diceva, la razionalità interna e al tempo stesso la giustizia, la coerenza con i valori egalitari fatti propri dall'ordinamento.

Nello svolgere questa analisi i giudici di Lussemburgo sembrano seguire *grosso modo* lo stesso tipo di iter logico da noi precedentemente individuato.

In alcuni casi, infatti, il test si presenta, per così dire, "completo" nel senso che la valutazione della

ragionevolezza avviene sotto il triplice profilo del fine perseguito, della classificazione soggettiva adottata, della misura imposta. Si consideri, come esempio, il già citato caso *Watson*. Chiamata a giudicare il carattere discriminatorio o meno delle sanzioni assumibili da parte delle autorità pubbliche nei confronti di lavoratori di altri Stati membri per l'inadempimento di formalità amministrative relative all'esercizio dei loro diritti di circolazione e di soggiorno, la Corte sembra infatti seguire i tre su citati stadi analitici. In primo luogo, essa ritiene opportuno verificare se vi sia un fine nella disciplina controversa, e se questo fine sia legittimo. Espresso chiaramente dall'Avv. Gen. Trabucchi allorché sostiene che "una restrizione senza obbiettiva giustificazione" è di per sé discriminatoria (90), questo passaggio teorico emerge nelle argomentazioni della Corte, allorché questa si preoccupa di evidenziare da un lato, che le misure in questione hanno lo scopo di tenere le amministrazioni nazionali "costantemente e tempestivamente informate circa i movimenti della popolazione nel loro territorio" (91), dall'altro, che lo svolgimento di tale funzione è perfettamente coerente con il diritto comunitario. In secondo luogo, la Corte controlla, sia pure implicitamente, la ragionevolezza della classificazione adottata, mostrando di ritenere legittimo che, in ragione della loro specifica condizione, soltanto gli stranieri ne risultino destinatari: come sosterrà più apertamente nel parallelo caso *Sagulo* in materia di obblighi di certificazione di identità e di altre formalità amministrative, i cittadini di un altro Stato membro non possono essere "puramente e semplicemente" equiparati ai cittadini dello Stato di dimora, il che permette che siano soggetti a sanzioni distinte rispetto a quelle che si applicano ai cittadini nazionali per reati simili (92). Infine, la Corte richiede che vi sia coerenza fra le misure imposte ed il fine perseguito: e poiché questo risulta legittimo in quanto, e solo in quanto, funzionalizzato all'interesse fondamentale della libera circolazione delle persone, ne consegue che è appunto in relazione a tale interesse che viene vagliata la proporzionalità delle sanzioni (ciò che porta quindi ad escludere *a priori* la legittimità di provvedimenti di espulsione). Questo stesso modello viene seguito, *mutatis mutandis*, in altre sentenze (*Royer*, *Choquet*, la già ricordata *Sagulo*) nelle quali la Corte è ugualmente chiamata a pronunciarsi su normative speciali indirzzantesi a lavoratori stranieri (93).

In altre occasioni, invece, il test sembra svolgersi in forma, per così dire, semplificata, nel senso che la Corte si limita a verificare la non discriminatorietà della classificazione soggettiva (sempre, ovviamente, nel presupposto che la disciplina persegua un fine e che questo sia legittimo), non

svolgendo invece alcuna indagine sulla ragionevolezza della misura imposta. E' quanto accade, per esempio, nella sentenza *Ugliola* (94), ove, a fronte di disposizioni tendenti a tutelare il lavoratore dagli svantaggi derivanti dalla prestazione del servizio di leva, la Corte, data per scontata la compatibilità di tale normativa con gli obbiettivi della libera circolazione, risolve il proprio controllo *ex principio* di eguaglianza semplicemente nel richiedere l'estensione di tali benefici ai lavoratori degli altri Stati membri oltre che ai cittadini nazionali. Lo stesso tipo di scrutinio viene svolto in altri casi (*Michel S.* (95), *Casagrande* (97), *Cristini* (97)) sempre in materia di riconoscimento di vantaggi sociali ai lavoratori, e in *Rutili* (98), ove la Corte, una volta esclusa la configurabilità dell'obbligo di residenza fra i provvedimenti giustificati da motivi di ordine pubblico (art. 48,3), ed interpretata quindi tale misura come prodotto dell'esercizio dei normali poteri di polizia ritenuti dagli Stati membri, finisce per farne dipendere la validità comunitaria dal mero dato della sua applicabilità senza distinzioni fondate sulla nazionalità del destinatario, e cioè, appunto, dal carattere non discriminatorio della classificazione.

Non è difficile capire cosa differenzia i due gruppi di sentenze: nel primo ci si trova infatti sempre di fronte a situazioni normative nelle quali viene ammessa la non contrarietà al diritto comunitario del ricorso alla nazionalità del lavoratore come criterio di classificazione, ciò che invece, per il secondo gruppo, viene negato. In che senso questo dato influenzi l'atteggiamento dei giudici di Lussemburgo, facendo variare, come si è visto, la "profondità" del test di ragionevolezza, risulterà chiaro dalla analisi del concetto "materiale" di discriminazione in materia di libera circolazione delle persone al quale la Corte sembra rifarsi, di cui al prossimo paragrafo.

Prima di svolgere tale argomento, riteniamo comunque necessario illustrare altri due punti relativi alla forma ed alle tecniche del giudizio comunitario di eguaglianza.

Innanzitutto va sottolineato quello che si potrebbe definire il "realismo" della Corte, la tendenza cioè a condurre lo scrutinio non in modo astratto e formalistico, ma avendo cura di comprendere l'effettivo impatto della norma sulla realtà sociale, e le conseguenze che, sia pure indirettamente, questa può avere su una distribuzione "eguale" delle situazioni soggettive di vantaggio.

Tale attitudine si evidenzia, in primo luogo, nel momento della individuazione del fine perseguito dalla disciplina controversa (momento questo, come dovrebbe essere ormai chiaro, di evidente centralità nel complessivo svolgimento del giudizio di eguaglianza): piuttosto che alle originarie intenzioni del legislatore, che possono rilevare, ma solo come criterio sussidiario di

interpretazione, la Corte mostra di volersi rifare al fine *obbiiettivo* della norma, e cioè agli interessi che questa di fatto tutela nel preciso momento storico in cui il giudizio viene effettuato (così conformandosi, peraltro, alla prassi della giurisprudenza costituzionale nazionale (99)). In *Ugliola*, per esempio, che la concessione di particolari vantaggi ai lavoratori impegnati nella prestazione del servizio di leva costituisca un compenso reso dallo Stato tedesco ai propri cittadini attraverso un atto di legislazione "militare" (come sostiene il Governo Federale, in un certo senso interprete autentico della disposizione (100)) non rileva agli occhi della Corte, nel momento in cui tali misure finiscono per incidere sulle condizioni di occupazione e lavoro, e come tali ricadono sotto l'obbligo della parità di trattamento imposto dai Trattati. Lo stesso accade in *Cristini*. Convenuta e Governo francese, per giustificare l'esclusione dei lavoratori cittadini di altri Stati membri dalla concessione di riduzioni ferroviarie per famiglie numerose, sottolineano come tali benefici facciano parte di una legislazione esplicitamente finalizzata a stimolare l'incremento demografico del popolo francese e che quindi, in vista di quello specifico obbiiettivo, la classificazione secondo nazionalità si mostri del tutto ragionevole. Ma l'opinione dell'Avv. Gen. (seguita nei fatti dalla Corte) è diversa: quale che sia il loro intento originario, tali norme svolgono attualmente la funzione diretta di compensare gli oneri familiari del lavoratore (com'è confermato, peraltro, dal loro successivo inserimento in un "Codice della famiglia e dell'aiuto sociale"), e come tali costituiscono "vantaggi sociali" connessi alla prestazione di lavoro, cui quindi si applica la normativa comunitaria. Per inciso, si può notare che tale atteggiamento giurisprudenziale trova conferma nell'interpretazione data dalla Corte dell'ambito di operatività della disciplina attuativa dell'art. 51 in materia di sicurezza sociale. Soprattutto dopo la sentenza *Coniugi F.* (101) risulta infatti chiaro come, in linea generale, nel valutare l'esistenza o meno di una connessione fra talune prestazioni riconosciute a vantaggio dei cittadini da certe legislazioni interne e la loro condizione di lavoratori subordinati, la Corte presti attenzione non agli intenti del legislatore nazionale (per cui la disciplina può anche essere formalmente indirizzata ai cittadini in quanto tali e perseguire le più varie finalità), ma agli effetti materiali che questa concretamente produce sui singoli nella loro condizione di lavoratori.

Ovviamente, non sempre questo atteggiamento "realista" è mantenuto dalla Corte con lo stesso rigore. Nella sentenza *Van Duyn* (102), per esempio, la Corte sostiene la legittimità del rifiuto del visto di ingresso opposto dalla autorità britanniche, per motivi di ordine pubblico, ad una cittadina di

un altro Stato membro, in ragione della sua appartenenza ad una setta religiosa considerata "socially harmful", non dando rilievo alcuno al fatto che tale setta sia del tutto legale all'interno del Regno Unito; lì ove, invece, tale dato avrebbe dovuto far sorgere sospetti sulla reale esistenza di quella "minaccia effettiva e abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività", la quale soltanto, seguendo la stessa giurisprudenza comunitaria (103), può giustificare deroghe alla libera circolazione ex art. 48,3 primo alinea (104). Ma si tratta di una posizione eccezionale, dovuta forse alla particolarità del caso (il primo ricorso pregiudiziale di un tribunale inglese, peraltro su una materia delicata come la riserva di ordine pubblico sulla quale la Corte non era fino allora mai intervenuta (105)) e che sembra d'altronde chiaramente superata dalla più recente giurisprudenza (106). Se fosse necessaria un'altra conferma, questa può venire dal caso *Santillo* (107), ove la Corte ha sostenuto che tra la valutazione dell'esistenza di una "minaccia" per l'ordine pubblico e l'adozione di un provvedimento di espulsione non deve intercorrere un lasso di tempo così lungo da far presumere che siano mutati gli elementi su cui la valutazione stessa si è basata: ulteriore dimostrazione, questa, di un approccio realistico nella individuazione del fine perseguito dalla disposizione impugnata.

Lo stesso tipo di approccio viene peraltro seguito dai giudici di Lussemburgo (e questo è senz'altro uno degli aspetti più stimolanti della loro giurisprudenza) nella individuazione del criterio di classificazione soggettiva: la Corte rifiuta infatti di fermarsi alla lettera della disposizione controversa e cerca di identificare, al di là di essa, la categoria di soggetti effettivamente destinatari del comando.

Il concetto, già implicito nella più vecchia sentenza *Ugliola* (108), è formulato chiaramente in *Sotgiu*: "Il principio della parità di trattamento - dice la Corte - vieta non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato (109). E cioè, una volta posta l'illegittimità di differenziazioni basate sulla nazionalità, non basta che la disciplina utilizzi altri criteri di classificazione, ma è necessario che la natura di questi criteri non sia tale da riprodurre, nei fatti, la separazione fra cittadini nazionali e cittadini di altri Stati membri (come potrebbe accadere nel caso in cui, per esempio, la norma definisse il proprio ambito soggettivo di applicazione in ragione della lingua parlata, del luogo di nascita, del luogo di residenza, e così via).

Inutile dire a quale estensione dello scrutinio di eguaglianza il concetto di "discriminazioni

dissimulate” potrebbe condurre qualora la Corte, ampliando la nozione materiale di discriminazione, lo utilizzasse in riferimento ad altre categorie “sospette” oltre a quella della nazionalità. Non solo, ma una più vasta utilizzazione di tale concetto potrebbe aversi anche nell’ottica presentemente seguita dalla Corte, qualora questa riconoscesse come discriminazione dissimulata anche il trattamento *eguale* del cittadino e del lavoratore immigrato in situazioni nelle quali quest’ultimo si trovi in preesistenti condizioni di oggettivo svantaggio rispetto al primo. A quanto ci risulta, infatti, la Corte ha fatto sinora ricorso alla seconda “faccia” della nozione “aristotelica” di eguaglianza (“disciplina diseguale di situazioni diseguali”) soltanto per giustificare l’imposizione di oneri distinti sui lavoratori cittadini di altri Stati membri, e mai invece per costringere le autorità statali ad un loro trattamento differenziato, per così dire, “in positivo”. Un segno in tal senso potrebbe forse venire dalla sentenza *Choquet* (110), nella quale la Corte richiede, tra l’altro, che nella definizione delle procedure per la concessione di permessi di guida a lavoratori stranieri si tenga conto delle difficoltà linguistiche cui questi possono andare incontro; ma si tratta di un semplice accenno in un contesto del tutto particolare, che non sembra quindi consentire generalizzazioni. D’altronde, sono evidenti le conseguenze che potrebbero derivare da una piena utilizzazione di tale dottrina ad opera dei giudici di Lussemburgo: soprattutto se applicata all’ampio campo della legislazione sociale e dei provvedimenti relativi alla integrazione del lavoratore e della sua famiglia nel paese di dimora, essa infatti potrebbe condurre alla affermazione giurisprudenziale di veri e propri obblighi di *facere* nei confronti delle amministrazioni nazionali, con conseguenti, prevedibili problemi di legittimazione dell’attivismo giurisprudenziale in tal modo esplicato.

Infine, un ultimo punto va, sia pure brevemente, sottolineato, prima di passare all’analisi del concetto “materiale” di discriminazione: esso concerne le tecniche conoscitive di cui la Corte si avvale per rilevare i dati di fatto su cui fondare lo scrutinio di eguaglianza.

E’ questo un problema ben noto all’esperienza delle giurisdizioni costituzionali nazionali ove non sembra avere trovato sinora una soluzione chiara e definitiva. La *Supreme Court* statunitense, per esempio, ha oscillato fra una presunzione di validità delle valutazioni operate dal legislatore (111), il tenersi ferma alle conclusioni del giudice *a quo* (112), ed il ricorrere alla finzione del *reasonable man* (113) col trasformarsi in un “perito dei periti” operante un completo apprezzamento di tutti i dati offerti dalla esperienza comune. La Corte Costituzionale italiana, dal canto suo, è per lo più ricorsa alla

vaga clausola del “notorio”, e non ha mai formulato (nonostante le critiche avanzate in dottrina (114)) una esplicita teoria dei propri strumenti conoscitivi.

Si tratta, come è chiaro, di un problema di un’importanza tutt’altro che secondaria, perché in tanto è possibile controllare (e quindi legittimare) le argomentazioni di una Corte, in quanto questa fornisca indicazioni sulle fonti e sulle tecniche attraverso le quali attinge le conoscenze di fatto su cui appunto tali argomentazioni vengono fondate; e se ciò vale in generale, vale ancora di più nei confronti di un giudizio, come quello di eguaglianza, che si rifà ad una categoria ambigua e vaga come quella della “ragionevolezza”.

Ora, anche nel caso della Corte di giustizia comunitaria il punto resta alquanto oscuro: nella maggior parte delle sentenze, infatti, la valutazione sulla analogia o meno di date situazioni (e quindi sulla legittimità o meno di una eventuale differenziazione nella loro disciplina) sembra avvenire in maniera apodittica, probabilmente sulla base di un implicito ricorso alla già citata finzione delle nozioni di “conoscenza comune”. Ma il problema esiste. Per citare un solo esempio, in *Walrave* la Commissione, nell’individuare i soggetti il cui lavoro risulta rilevante per la caratterizzazione di una squadra sportiva come “nazionale”, richiama tutta una serie di criteri (partecipazione al godimento di eventuali premi, carattere occasionale o regolare della prestazione di lavoro, sottoposizione ai regolamenti di gara, ecc.), senza però rendere conto della loro adeguatezza a fungere da indicatori di un dato di natura essenzialmente psicologica, legato al “sentire” della comunità sportiva, e certo di non facile rilevazione.

Ovviamente la soluzione non può essere nel *self-restraint* che sembra auspicato dall’Avv. Gen’ Trabucchi in *Watson*, allorché sostiene l’incompetenza della Corte a giudicare della proporzionalità di date sanzioni statali per la difficoltà che i giudici incontrerebbero nell’ottenere le informazioni necessarie per tale valutazione (115).

Al contrario, la Corte di giustizia delle Comunità Europee dispone, forse più di simili corti nazionali, di notevoli appigli procedurali per la raccolta di dati rilevanti ai fini del giudizio (cfr. gli artt. 21-27 dello Statuto della Corte, e gli artt. 45-54 del Regolamento di procedura (116)). Tutto sta a stimolare un ricorso più frequente e ragionevole a tali strumenti, sottolineando come ne possa derivare un maggior grado di autorevolezza e legittimità per le scelte giurisprudenziali, in genere e tanto più in un settore per natura “delicato” qual’è quello del controllo di legalità in base al principio di non discriminazione.

6. I parametri sostanziali.

Ma in riferimento a quali parametri sostanziali viene definita (attraverso le forme logiche e le tecniche interpretative su analizzate) la ragionevolezza delle differenziazioni normative, e in particolare a quale concetto *materiale* di discriminazione usa rifarsi la Corte di giustizia nella valutazione di fattispecie attinenti alla libera circolazione dei lavoratori?

E' facile rispondere. Una sia pur rapida lettura della giurisprudenza indica come lo scrutinio comunitario di eguaglianza si svolga essenzialmente sotto lo specifico profilo della discriminazione *secondo nazionalità*: in tal senso sembra che, in materia di mobilità territoriale e professionale dei lavoratori, qualsiasi disciplina possa essere adottata, e restare esente da controllo giudiziale, nella misura in cui essa non stabilisca irragionevoli differenziazioni in ragione della cittadinanza dei destinatari (con la sola eccezione dei provvedimenti assunti per motivi "di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica" - art. 48,3 - o a fronte di "impieghi nella pubblica amministrazione" - art. 48,4 - che, finendo nei fatti per legittimare discriminazioni nei confronti dei lavoratori *in quanto cittadini di altri Stati membri*, costituiscono conferma indiretta della regola generale su enunziata (117)). Più precisamente, secondo un principio costante nella giurisprudenza della Corte (118) e che riflette la struttura "sovrnazionale" dell'ordinamento comunitario (119), tale parità di trattamento va assicurata nell'ambito di ciascun singolo sistema normativo nazionale, non costituendo "discriminazioni" le disparità derivanti da obiettive divergenze tra le legislazioni degli Stati membri.

Posto che tale tesi viene verificata da (quasi) tutte le sentenze analizzate, si può qui ricordare, a titolo esemplificativo, il caso *Rutili* ove, una volta esclusa la possibilità di ricondurre un provvedimento di confino alla deroga *ex ordine pubblico*, e cioè ritenuta tale misura normalmente subordinata agli imperativi dell'art. 48,1 e 2, la Corte ha risolto il proprio controllo (e quindi l'interpretazione di quelle norme) limitandosi a porre, come condizione di legittimità di tale provvedimento, la sua applicabilità anche nei confronti dei cittadini oltre che degli stranieri, senza svolgere alcuna indagine in merito a suoi eventuali ulteriori profili di irragionevolezza.

Oppure si può rinviare al caso *Kenny* (120). In relazione ad una legge del Regno Unito sulla

assistenza medica ai lavoratori che poneva, come causa sospensiva delle prestazioni, la detenzione in prigioni britanniche, la questione verteva sul se il principio comunitario di non discriminazione imponesse l'obbligo di considerare equivalente a tal fine la detenzione in un altro Stato membro. Com'è noto la Corte risponde negativamente, sostenendo che gli artt. 7 e 48 non si oppongono, né costringono il legislatore statale a realizzare tale equiparazione, nella misura in cui questa scelta risulti indifferente rispetto al pari godimento del diritto in questione fra cittadini nazionali e lavoratori migranti. Ora, è evidente la limitazione dell'ambito di operatività del giudizio di uguaglianza posta in tal modo: dato che il fine della disciplina impugnata sembra essere quello di evitare una doppia corresponsione di benefici sociali al detenuto (giacché nel periodo di carcerazione questi riceve comunque assistenza medica (121)), costituirebbe alla luce di esso "discriminazione", e cioè trattamento arbitrariamente differenziato di situazioni analoghe, realizzare tale sospensione solo nei confronti di individui che risultino associati a carceri britanniche e non anche di coloro i quali si trovino in una del tutto identica condizione, sia pure al di fuori del territorio del Regno Unito. L'aver svolto lo scrutinio soltanto in riferimento al principio della parità di trattamento secondo nazionalità ha impedito alla Corte di cogliere, e censurare, la possibile esistenza di una situazione discriminatoria fra categorie di lavoratori (122)).

D'altronde, una indiretta conferma della nozione "ristretta" di discriminazione utilizzata dalla Corte giunge dalla analisi precedentemente svolta sulla struttura formale del giudizio comunitario di eguaglianza, se è vero, come notavamo (123), che lo scrutinio si fa "stretto", spingendosi a verificare la ragionevolezza anche della misura assunta, sempre e soltanto nel caso in cui ci si trova di fronte a discipline che classificano, secondo nazionalità, e che appunto per questo, *e solo per questo*, vengono ritenute particolarmente "sospette".

Come interpretare questa scelta giurisprudenziale?

Da un lato gioca evidentemente la mancata estensione da parte dei giudici di Lussemburgo della nozione di eguaglianza comunitariamente protetta: se ci si ferma alla lettera degli artt. 7 e 48, certo l'unico divieto che ne discende esplicitamente è quello di discriminazioni secondo nazionalità, non risultando possibile individuare sulla loro base altre forme di "suspect or forbidden classification", né un imperativo generale di non discriminazione. D'altro lato, la Corte sembra ridurre alla parità di trattamento secondo nazionalità lo stesso obbiettivo della libera circolazione dei lavoratori,

escludendo quindi così la possibilità di utilizzarlo come autonomo parametro nella verifica della ragionevolezza delle differenziazioni: è come se si ritenesse, su presupposti ideologici, per così dire, “liberisti”, che alle Comunità spetti soltanto l’eliminazione delle barriere “innaturali” che impediscono l’eguale applicazione nei confronti di tutti i lavoratori comunitari delle legislazioni interne, per il resto assunte *a priori* coerenti con i principi del mercato comune. Questa impostazione emerge, per esempio, chiara in quel passaggio della sentenza *Saunders* (124) ove la Corte, in contrasto con l’Avv. Gen., afferma che l’art. 48 (l’art. 48 *tout court*, si badi, e non il solo secondo comma) “si propone di eliminare nelle legislazioni degli Stati membri le disposizioni che . . . riserverebbero al lavoratore cittadino di un altro Stato membro un trattamento più rigido o lo porrebbero in una situazione di diritto o di fatto svantaggiosa rispetto a quella in cui si troverebbe, nelle stesse circostanze, un cittadino nazionale”.

Se ciò è vero, è anche vero però che è possibile cogliere nella giurisprudenza in esame alcuni segni che, per quanto ancora embrionali, sembrano comunque contraddire tale modello, almeno sotto il secondo dei profili indicati, e che crediamo potrebbero aprire la strada a notevoli sviluppi.

Ci riferiamo alle sentenze già indicate nelle quali, verificata la non contrarietà al diritto comunitario del fine e della classificazione soggettiva, la Corte ritiene opportuno indagare anche sulla ragionevolezza del comando normativo. Mentre in *Choquet* tale controllo sembra svolgersi soltanto in riferimento allo specifico obbiettivo della disciplina impugnata (sicurezza stradale) (125), in *Sagulo* ed in *Watson* si richiede invece, più generalmente, la proporzionalità delle misure adottate rispetto all’interesse fondamentale comunitario della libera circolazione, e, ciò che appunto qui rileva, tale interesse risulta assunto come parametro distinto rispetto a quello della parità di trattamento secondo nazionalità. Questa impostazione emerge abbastanza chiaramente soprattutto nell’ultimo caso citato (126), allorché la Corte afferma che “se le autorità nazionali hanno facoltà di camminare, per l’inosservanza dell’obbligo di notifica imposto agli stranieri, sanzioni della stessa gravità di quelle previste per equivalenti infrazioni del diritto interno, *sarebbe tuttavia ingiustificato ricollegare a quell’inosservanza sanzioni talmente sproporzionate rispetto alla gravità della infrazione da risolversi in un ostacolo alla libera circolazione delle persone*”. Il che significa ammettere, in teoria, che provvedimenti interni indirizzati ai lavoratori immigrati, pur superando lo scrutinio ex art. 48,2 poiché simili ad analoghe disposizioni relative ai cittadini nazionali, possano ugualmente essere censurati

quali fonti di differenziazioni irragionevoli, appunto alla luce dell'obbiettivo della libera circolazione autonomamente considerato.

Certo questo diverso atteggiamento giurisprudenziale può essere spiegato con le particolarità delle fattispecie: in *Watson* e in *Sagulo* la Corte era infatti chiamata a pronunciarsi in merito a sanzioni assunte dagli Stati membri in base a competenze ritenute (il controllo degli spostamenti della popolazione sul territorio nazionale), ma per reati direttamente connessi all'esercizio di un diritto "comunitario" quale quello alla mobilità territoriale del lavoratore migrante, ed è quindi comprensibile che il "sospetto" di discriminazione si accentuasse, portando ad un ampliamento (e rafforzamento) dei criteri di valutazione. D'altro canto è probabile che nelle due occasioni la Corte stesse in realtà utilizzando il c.d. principio di "proporzionalità", sinora affermatosi nella giurisprudenza comunitaria come parametro di controllo autonomo e distinto rispetto al principio di non-discriminazione (ma che, come notato in precedenza (127bis), a quello necessariamente si sovrappone una volta che il giudizio di eguaglianza venga interpretato nella sua funzione di test di ragionevolezza delle differenziazioni normative). Come che sia, resta comunque che col dare autonomo rilievo all'obbiettivo della libera circolazione si è operata una "rottura" rispetto al modello di scrutinio normalmente seguito e che tale approccio, generalizzandosi, potrebbe condurre ad un approfondimento del giudizio comunitario di eguaglianza in materia.

Si considerino, per esempio, ipotesi simili nelle quali la Corte, ponendo in rapporto alla libera circolazione l'esercizio di poteri statali di polizia, in situazioni egualmente non riconducibili all'eccezione dell'ordine pubblico, si è limitata ad affermare come unico vincolo quello della parità di trattamento senza distinzioni fondate sulla nazionalità (v., in particolare, la già ricordata sentenza *Rutili*). Ebbene, nel porre tale vincolo, sia pure parziale, la Corte dimostra evidentemente di ritenere che, nell'esercizio di quei poteri, gli Stati membri possono incidere sugli obbiettivi perseguiti dagli artt. 48 ss. del Trattato di Roma; ma, se ciò è vero, perché fermarsi allora a richiedere l'assenza di discriminazioni secondo nazionalità e non spingersi più in là con il funzionalizzare tali poteri anche rispetto all'interesse della libera circolazione *in quanto tale*, verificando quindi, ipotesi in questi casi più remota, data la natura della fattispecie, ma non impossibile, che i provvedimenti non risultino rispetto a quello "irragionevoli"?

La tesi è esplicitamente formulata dall'Avv. Gen. Warner nella parte finale delle sue Conclusioni al

caso *Saunders* (128). Posto che l'art. 48 esprime *due* principi fondamentali, quello della parità di trattamento secondo nazionalità e quello della libertà di circolazione dei lavoratori, l'Avv. Gen. nega che la soddisfazione del primo comporti automaticamente la soddisfazione del secondo: si tratta di due profili distinti, e rispetto ad essi distintamente va svolto lo scutino comunitario. Ciò vale in generale, e quindi anche rispetto alla senz'altro delicata materia, oggetto del caso, delle sanzioni assumibili da parte degli Stati membri nell'esercizio della giurisdizione penale. Pur accettando il monito della Commissione a che la Corte non si accoli "i criteri di determinazione delle pene dei singoli Stati membri", e riconoscendo che "il buon senso" impone di non considerare comunitarizzate tali competenze, l'Avv. Gen. nondimeno ritiene che dei limiti sostanziali, ulteriori rispetto a quello della parità di trattamento, debbano essere posti a garanzia della libertà di circolazione, sia pure soltanto a fronte di casi particolari. L'Avv. Gen. sembra infatti distinguere fra le normali pene detentive e i provvedimenti che, imponendo obblighi (o divieti) di residenza, risultano tipicamente "sospetti" perché *prima facie* irragionevoli rispetto ad obiettivi di prevenzione o repressione, e lesivi della sostanza del diritto alla libera circolazione. Ora, mentre nel primo caso la discrezionalità del giudice statale resterebbe intatta, l'assunzione di provvedimenti del secondo tipo risulterebbe comunitariamente legittima soltanto qualora fosse possibile ricollegare ad essi scopi ulteriori (come, per esempio, il reinserimento del reo nel suo ambiente d'origine, il ritorno in patria onde evitargli la pena detentiva in un paese straniero, ecc.) distinti da quello puro e semplice dell'esclusione da una parte sostanziale o dall'intero territorio ove ha sede la giurisdizione; se tale verifica producesse un esito negativo, allora ci si troverebbe di fronte a misure di espulsione o confino *stricto sensu*, giustificabili, alla luce del diritto comunitario, solo per motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza.

Non è ovviamente questa la sede per valutare questo stimolante modello di "inquadramento" comunitario, ex art. 48, della giurisdizione penale degli Stati membri, anche se vari dubbi sulla sua praticabilità potrebbero essere avanzati (129). Ciò che qui interessa rimarcare è il "segnale" (peraltro del tutto ignorato dalla Corte nel caso di specie) che viene dall'Avv. Gen. Warner in merito alla possibile (e doverosa) utilizzazione, anche in ipotesi del genere considerato, dell'interesse alla libera circolazione dei lavoratori come *autonomo* parametro nella verifica della ragionevolezza delle differenziazioni normative.

Come si dirà nelle conclusioni, è appunto questo approfondimento del significato dell'art. 48

che, combinandosi nella futura giurisprudenza con una estensione dei criteri di classificazione "sospetti" o "proibiti", potrebbe aprire la strada verso una maggiore valorizzazione del principio di eguaglianza nel controllo comunitario di legalità.

7. *Le deroghe alla operatività del principio.*

In fine di analisi, vanno ricordate le "deroghe" che l'ordinamento comunitario ammette alla operatività del principio di eguaglianza in materia di diritti di mobilità territoriale e professionale dei lavoratori, e cioè gli elementi in presenza dei quali situazioni normative in sé discriminatorie vengono invece ritenute, in via eccezionale, legittime: in un certo senso, per l'interpretazione che ne è stata sinora data, si può dire che tali deroghe costituiscano una verifica *a contrario* di quanto affermato nel precedente paragrafo.

Com'è noto, la disciplina in esame prevede due eccezioni. La prima è quella posta dall'art. 48,3, lì ove questo giustifica per "motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica" limitazioni al godimento dei diritti di mobilità territoriale.

Per semplificare l'indagine, concentriamo l'analisi sui soli motivi di "ordine pubblico" (130). L'esperienza degli ordinamenti nazionali dimostra come il concetto risulti di difficile definizione a causa della sua natura essenzialmente "funzionale": la clausola dell'ordine pubblico sembra porsi infatti come una sorta di "valvola di sicurezza" volta a consentire la sospensione del diritto comune e l'adozione di provvedimenti speciali a fronte di situazioni eccezionali, appunto di per sé non codificabili, di pericolo per la "pace e stabilità interna" dello Stato (131). Nell'impossibilità di una precisazione puntuale delle ipotesi in cui la deroga può operare, il legislatore tende di solito piuttosto a controllarne il ricorso attraverso la posizione di limiti, in forma di clausole altrettanto generali (132), e attraverso la previsione di momenti di tutela giudiziale in cui tali limiti possano valere a garanzia dei singoli. E' appunto questo il criterio seguito dal legislatore comunitario nella Direttiva n. 64/221 (133), e sostenuto dalla Corte di giustizia in una ormai consolidata giurisprudenza (134) che ha ammesso e valorizzato l'esistenza di una "cornice" comunitaria al concetto di ordine pubblico, al fine di contenere la discrezionalità di cui le autorità statali inevitabilmente godono in materia, e legittimare la sottoponibilità a controllo giudiziale delle misure da esse assunte (135). In tal senso, ispirandosi al

principio per cui, in quanto fonte di limitazioni ad una libertà fondamentale dell'ordinamento, la deroga *ex art. 48,3* va interpretata restrittivamente (136), la Corte ha precisato ed approfondito i limiti sostanziali e procedurali posti nella Direttiva, con l'affermare, per esempio: che il richiamo alla nozione di ordine pubblico presuppone l'"esistenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività" (137); che tale minaccia non può ritenersi sussistere nella mera perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge (138), o, in particolare, nell'abuso di diritti di libertà sindacali (139), o nella violazione delle norme relative al controllo del movimento degli stranieri sul territorio nazionale (140); che tra le finalità legittimamente perseguibili attraverso tali provvedimenti non rientrano quelle di prevenzione generale della criminalità (141); che al destinatario di tali misure devono essere assicurati *effettivi* mezzi di ricorso (142); e così via (143).

Ora, in che senso si può dire che la deroga *ex art. 48,3* consente eccezioni al principio di eguaglianza?

Si consideri il tipo particolare di misure che sinora la Corte ha ritenuto assumibili sulla base di tale norma. Com'è noto, la Direttiva n. 64/221 si riferisce esplicitamente a provvedimenti relativi all'ingresso sul territorio, o al rilascio e al rinnovo del permesso di soggiorno, o all'allontanamento dal territorio, ed i giudici di Lussemburgo hanno interpretato restrittivamente questa elencazione esaustiva: rilevanti sotto questo profilo il caso *Ugliola*, ove, sposando le tesi dell'Avv. Gen., la Corte sostanzialmente nega che per ragioni di ordine pubblico si possa limitare la parità di trattamento nelle condizioni di lavoro (144), e, soprattutto, la sentenza *Rutili*, nella quale una restrizione *parziale* della libertà di circolazione (obbligo di residenza) viene ritenuta (sia pur sulla base di argomentazioni alquanto oscure (145)) non riconducibile all'ambito di operatività della disposizione in esame. Ora, ciò che accomuna tali provvedimenti è che essi, oltre a ledere la sostanza dei diritti di mobilità territoriale garantiti ai lavoratori dal Trattato, presentano tutti la particolarità di non poter comunque essere assunti da parte dello Stato nei confronti di propri cittadini, costituendo infatti un residuo di quei poteri speciali di cosiddetta "polizia degli stranieri" tradizionalmente esercitati nel più pieno arbitrio dalle autorità pubbliche nei confronti, appunto, di cittadini di altri Stati, rifugiati ed apolidi. Ma, ecco il dato di rilievo, poiché l'unica possibile giustificazione per tale trattamento differenziato, vale a dire la presunzione di inimicizia e non affidabilità nei confronti di soggetti non appartenenti alla

collettività nazionale (146), non può valere ragionevolmente in un sistema finalizzato ad una “unione sempre più stretta fra i popoli” (147) quale quello comunitario, ne consegue che tali misure speciali rappresentano di per sé una violazione palese del divieto di discriminazioni secondo nazionalità, e risulterebbero quindi necessariamente illegittime qualora non sussistesse una norma di pari rango che le consentisse esplicitamente (148).

Ebbene, la funzione della deroga in esame è a nostro avviso appunto questa: legittimare atti fonti di differenziazioni senz'altro irragionevoli alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, al fine di fare salva, sia pure nei limiti indicati, una particolare “riserva di sovranità statale” in materia di circolazione dei lavoratori stranieri. In tal senso la clausola dell'ordine pubblico non è volta a consentire misure *anche*, eventualmente, discriminatorie, come talvolta sembra ritenersi in giurisprudenza, quando si richiamano norme di diritto internazionale pubblico per spiegarne (e giustificarne) l'incompatibilità con gli artt. 7 e 48,2 (149), o in dottrina, allorché per esempio si auspica l'evoluzione verso un “ordre public non discriminatoire unique pour le national et l'étranger” (150). Al contrario, “giustificati motivi di ordine pubblico” sono necessari *solo* a fronte di misure discriminatorie secondo nazionalità, nel senso che è appunto tale loro caratteristica ad imporre il ricorso alla deroga: qualora esse fossero assumibili anche verso i cittadini nazionali (oppure lo fossero solo verso i cittadini di altri Stati membri, ma in ragione di obbiettive divergenze nelle fattispecie), per quella che è la prevalentemente interpretazione dell'obbiettivo della libera circolazione, esse andrebbero infatti considerate del tutto conformi al diritto comunitario ed il ricorso alla deroga diverrebbe superfluo.

Un'analisi parallela può valere per l'altra clausola che consente deroghe ai principi della libera circolazione dei lavoratori, vale a dire l'art. 48,4 secondo il quale tale normativa non si applica “agli impieghi nella pubblica amministrazione”. La clausola, anch'essa da “inquadrare” in relazione alle esigenze dell'ordinamento comunitario e da interpretare restrittivamente (151), va utilizzata, al di là della lettera del Trattato (152), avendo riguardo alla natura sostanziale più che alla qualificazione formale dell'attività lavorativa: come già sostenuto dall'Avv. Gen. Mayras in *Sotgiu* e recentemente affermato dalla Corte, essa ha infatti lo scopo di riservare ai cittadini nazionali quei posti pubblici (e *solo quelli*) “che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività

pubbliche" (153).

Se è questo il senso della disposizione, appare allora chiaro come anche in questo caso la funzione della deroga sia quella di giustificare discipline intrinsecamente discriminatorie dal punto di vista della nazionalità: il presupposto in esse implicito, e cioè che i cittadini degli altri Stati membri non offrano sufficienti garanzie di "devozione e lealtà" per poter svolgere lavori a contatto con la gestione della cosa pubblica, risulta infatti tutt'altro che pacificamente accettabile come "ragionevole" nel contesto di una "comunità" fra popoli (154), da cui appunto la necessità di una previsione esplicita perché trattamenti normativi differenziati in tal senso possano legittimarsi.

8 .Conclusioni.

Il tentativo di ricavare conclusioni di carattere generale dalla prassi sin qui esaminata incontra un limite naturale nella episodicità intrinseca a qualsiasi forma di sviluppo giurisprudenziale del diritto, nel senso che i risultati a cui siamo addivenuti potrebbero dipendere solo dal tipo particolare di casi sinora giunti innanzi alla Corte e modificarsi qualora questa fosse chiamata in futuro a valutare nuove e diverse fattispecie. D'altro canto, come si diceva inizialmente, questo studio ha preso in analisi il modo in cui un generale problema di diritto comunitario si è posto in un particolare e specifico settore dell'integrazione, ed è soltanto rispetto a tale settore che può ovviamente pretendere di essere significativo. Sia pure all'interno di tali limiti, riteniamo tuttavia che dei risultati cui si è addivenuti possa comunque essere avanzata una sia pur sommaria interpretazione.

Si è visto (155) come la *il ruolo* del principio di eguaglianza nel controllo comunitario di legalità risulti limitato essenzialmente dalla riduzione dei parametri sostanziali rispetto ai quali si svolge lo scrutinio all'unico, e parziale, profilo della parità di trattamento secondo nazionalità. Più che come conseguenza, casuale, del tipo di casi concretamente giunti all'esame della magistratura di Lussemburgo, tale dato sembra piuttosto presentarsi quale effetto di una precisa linea interpretativa, spiegabile, come già si diceva, in ragione di due elementi: da un lato, una lettura particolarmente riduttiva dell'obiettivo della libera circolazione (e cioè, secondo lo schema inizialmente proposto, del "fine" rispetto al quale valutare la razionalità delle classificazioni normative) che pare consistere nella mera estensione ai migranti comunitari dello stesso regime giuridico in materia di diritti di

mobilità territoriale e professionale riconosciuto ai lavoratori nazionali; dall'altro, la risoluzione della garanzia comunitaria del principio di eguaglianza nell'unico divieto generale di discriminazioni esplicitamente posto nel Trattato di Roma, vale a dire quello di discriminazioni fondate sulla nazionalità.

Ovviamente tale constatazione non stupisce, riflettendo l'attuale stadio di sviluppo del processo integrativo: è evidente che una meno stretta aderenza della Corte al testo del Trattato risulterebbe più probabile qualora le spinte integrative si rafforzassero, richiedendo (e legittimando) un'estensione della portata degli obblighi comunitari. Nondimeno già ora, dal materiale studiato e dai più generali sviluppi del diritto comunitario in altri settori, emergono almeno due possibili ipotesi per un superamento di tale limitato modello interpretativo, ed è su di esse che, in chiusura, vogliamo rapidamente richiamare l'attenzione.

Innanzitutto va rimarcato il potenziale significato di quegli spunti giurisprudenziali che sembrano contrastare, per quanto ancora marginalmente, la linea di tendenza generale da noi individuata (156). Ci riferiamo ai casi già ricordati in cui la Corte, affermando la possibilità dell'invalidazione *ex art. 48* di misure pur legittime sotto il profilo della parità di trattamento secondo nazionalità, ha mostrato di ritenere che per il perseguimento delle finalità proprie della disciplina non basti l'attuazione in materia del generale imperativo posto nell'art. 7, ma sia anche necessario rispettare determinati limiti sostanziali, direttamente derivabili dall'obiettivo della libera circolazione autonomamente considerato ed uniformemente operanti nell'intero territorio comunitario. Ora, consolidandosi (157), tale embrionale tendenza potrebbe a nostro avviso aprire senz'altro la strada ad un approfondimento del giudizio comunitario di eguaglianza, in entrambe le direzioni su indicate. Un'interpretazione in tal senso estensiva della portata degli impegni comunitari non comporterebbe infatti soltanto una parallela estensione della valenza del "fine" della disciplina quale parametro nel test di ragionevolezza, ma potrebbe anche condurre, sia pur indirettamente, all'ampliamento della nozione sostanziale di eguaglianza comunitariamente protetta. E cioè, una volta affermata una concezione meno riduttiva della "libera circolazione dei lavoratori", una norma fonte di discriminazioni diverse da quelle fondate sulla nazionalità potrebbe egualmente essere censurata qualora appunto in tali ulteriori diseguaglianze di trattamento si individuasse un ostacolo agli obiettivi perseguiti dagli artt. 48 ss. Per esemplificare, un provvedimento causa, diciamo, di discriminazioni "sindacali"

potrebbe essere ritenuto in violazione del diritto comunitario, indipendentemente dalla sua pari applicabilità ai lavoratori nazionali ed ai migranti comunitari, qualora se ne potesse dimostrare la natura di sostanziale disincentivo alla mobilitazione del lavoro salariato voluta dal Trattato.

Un ruolo di rilievo nella stessa direzione potrebbe poi essere svolto dal rinvio alle “tradizioni costituzionali comuni” agli Stati membri ed ai trattati di diritto internazionale umanitario da questi codificati, elementi ai quali, secondo una ormai celebre giurisprudenza (158), la Corte è tenuta ad ispirarsi nella individuazione (pretoriana) dei “diritti fondamentali” dell’ordinamento (159). I paralleli artt. 3 della Costituzione italiana e della *Grundgesetz* tedesca e la loro ricchissima e sofisticata elaborazione giurisprudenziale (160), la pure stimolante prassi del *Conseil d’Etat* francese in materia di discriminazioni economiche (161), l’art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (162), le convenzioni dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro contro le discriminazioni in tema di rapporti di lavoro subordinato (di evidente rilievo per la materia qui in esame) (163), e così via, tutto ciò permetterebbe alla Corte, nella valutazione di atti e comportamenti delle istituzioni di Bruxelles ma anche, crediamo, di Stati membri e privati (164), di superare facilmente la lettera del Trattato dando da un lato esplicito riconoscimento al principio di eguaglianza nella sua accezione generale, e dall’altro ampliando la gamma di criteri di classificazione comunitariamente “sospetti” o “proibiti”. Alcune pronunzie relative ad altri settori dell’integrazione sembrano aprire la strada a sviluppi di tal genere: si considerino in particolare quelle sentenze in materia di agricoltura (165) in cui, sulla scorta dell’ampia analisi svolta dall’Avv. Gen. Capotorti in merito alla “questione del rispetto del principio di non discriminazione da parte del legislatore comunitario” (166), la Corte ha riconosciuto nei divieti di discriminazione codificati nel Trattato una mera “espressione specifica” di un imperativo generale di eguaglianza facente parte dei “principi fondamentali del diritto comunitario”.

Non è dunque impossibile una maggiore valorizzazione del principio di eguaglianza nel controllo comunitario di legalità in materia: una lettura estensiva degli obblighi sostanziali scaturenti dalle norme sulla libera circolazione dei lavoratori, ed il ricorso alla fonte sussidiaria dei “diritti fondamentali” intesi quali “principi giuridici generali” dell’ordinamento comunitario, sembrano poter condurre in tale direzione. Anche se per ora tale ipotesi risulta solo marginalmente corroborata dalla prassi, nondimeno la tendenza verso una crescente omogeneizzazione normativa, intrinseca ad

una società sempre più integrata quale quella comunitaria da un lato, e la pressante richiesta di un innalzamento, per così dire, dei livelli di "garantismo" del sistema dall'altro, rendono entrambi gli auspicati sviluppi tutt'altro che irrealistici.

Verificare se ed in quale misura queste affermazioni siano fondate spetterà comunque, com'è ovvio, alla futura giurisprudenza della Corte di giustizia.

NOTE

1. Per una recente rassegna di varie posizioni sul tema (e per una critica radicale del principio) v. WESTEN, *The empty idea of equality*, in *Harvard Law Rev.*, 1982, p. 537 ss.
2. Nel senso specificato più ampiamente *infra* al § 2.
3. Una rapida ma puntuale analisi comparata del ruolo svolto dal principio di eguaglianza in vari sistemi costituzionali moderni è in KOOPMANS (ed.), *Constitutional protection of equality*, 1975.
4. Cfr. p.e., gli artt. 40,3; 79,1; 85,1; 86,2. Chiariamo subito che d'ora in poi gli articoli di disposizioni normative citati senza alcuna ulteriore specificazione si intenderanno implicitamente riferiti al *Trattato di Roma* istitutivo della Comunità Economica Europea.
5. Art. 119.
6. Art. 7 e Artt: 33,1; 36; 37,1; 44,1; 45,1; 48,2; 49, c; 52; 65; 67; 68, 2; 76; 95; 111,5; 132,2,4,5; 133,5; 221; ecc. Inutile dire che anche quando il Trattato parla di "discriminazioni" *tout court* (p.e. artt. 36, 44, 68, ecc.) sottintende sempre divieti particolari e non enuncia un principio generale di eguaglianza: conforme BLECKMANN, *Considérations sur l'interprétation de l'article 7 du Traité C.E.E.*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1976, p. 480.
7. Sul metodo di integrazione "funzionalista" cfr. CONSTANTINESCO, *Federalisme, Constitutionnalisme ou Fonctionnalisme? (Reflexions sur la méthode de l'intégration européenne)*, in *Mélanges Fernand Debousse*, 1979, p. 19 ss.
8. Cfr. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità Europee*, in *Riv. dir. eur.*, 1981, p. 139 ss.
8. (BIS) Il termine "controllo comunitario di legalità" viene qui usato in senso lato ed atecnico ad indicare genericamente l'utilizzazione, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, di principi di diritto comunitario quali parametro di valutazione di atti e comportamenti (lo stesso vale per altre simili espressioni quali "giudizio comunitario di eguaglianza", ecc.). Va comunque precisato, come indicato nel testo, che la nostra analisi è stata limitata alla sola giurisprudenza comunitaria in senso formale (che poi, nel settore preso in esame, è risultata costituita tutta da sentenze "interpretative" pronunziate dalla Corte di giustizia sulla base di rinvii *ex art. 177* da

parte di giudici nazionali).

9. Per riprendere la classificazione proposta da PANEBIANCO, *Circolazione dei lavoratori nei paesi della CEE*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, 1980, p. 1193.
10. Resta dunque esclusa dalla nostra indagine la giurisprudenza relativa all'art. 51; seguiamo in tal senso la prevalente dottrina che, per ragioni sistematiche, usa trattare separatamente la disciplina comunitaria in materia di sicurezza sociale dei lavoratori, cui appunto tale articolo fa riferimento.
11. La antica *querelle* sulla riconducibilità del principio alla rivoluzione francese o a quella americana è risolta dal PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, 1965, p. 6 ss., nel senso di attribuire alla prima il merito di averlo innalzato a dignità di norma giuridica fondamentale, e alla seconda quello, non meno di rilievo, di aver fornito i meccanismi istituzionali (essenzialmente, la *judicial review of legislation*) perché potesse svolgere in pieno il suo ruolo di strumento di garanzia.
12. Utilizzando qui la formulazione con cui il principio compare nella maggior parte delle costituzioni del continente europeo, prescindiamo quindi dalla contrapposizione, presente nella letteratura anglo-americana, fra "Equality before the law" e "Equal protection of the Laws" (sui cui v. POLYVIU, *The Equal Protection of the Laws*, 1980, p. 7 ss.).
13. Se è vero, come ricordato recentemente da Bobbio (*La regola di maggioranza: limiti e aporie*, in BOBBIO, OFFE e LOMBARDINI, *Democrazia, maggioranze e minoranze*, 1981, p. 51) che l'ideale di ogni democrazia è "indissociabile dal principio del contratto sociale, cioè dall'idea dell'accordo di ciascuno con tutti gli altri su alcune regole fondamentali della convivenza", è altrettanto vero che intanto l'ideologia contrattualistica può svolgere la sua funzione di legittimazione in quanto *presupponga* la eguaglianza dei contraenti: per riprendere le parole di Ronald Dworkin nella sua analisi della teoria rawlsiana della giustizia "the right to equal concern and respect in the design and administration of the political institutions" di cui dovrebbero godere gli individui "*is not . . . a product of the contract, but a condition of admission to the original position*" (DWORKIN, *Justice and Rights*, in *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 150 ss., in particolare pp. 180 - 181: enfasi aggiunta).
14. Cfr. sul punto PALADIN, *Il principio, ecc.*, op. cit., p. 3 ss.

15. Per esempi in tal senso v. le osservazioni di PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965, p. 519, in merito alla utilizzazione del principio come "norma precettiva generale indirizzata all'esecutivo".
16. Per il Dicey infatti l' "*Equality before the law*", quale elemento costitutivo del principio-cardine della *Rule of law*, consiste essenzialmente nella sottoposizione di chiunque, quale che sia il suo rango o la sua condizione sociale, alla legge ordinaria e alla giurisdizione dei tribunali interni chiamati ad applicarla (cfr. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1969, p. 193). V. più ampiamente sul punto COLLON, *Absence et présence de la notion d'égalité en droit anglais*, in BUCH, FORIERS e PERELMAN (a cura di), *L'Egalité*, vol. 1, 1971, p. 72 ss.
17. Su cui v. FOIS (S.), *Legalità (principio di)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, 1973, p. 659.
18. Così TUSSMAN e TEN BROEK, *The equal protection of the laus*, in *California Law Rev.*, 1949, p. 342. Conforme l'analisi di PALADIN. *Il principio, ecc.*, op. cit., *passim*.
19. V. Kelsen, *Justice et Droit Naturel*, in *Le Droit Naturel, Annales de Philosophie Politique*, 1959.
20. Cfr. VANQUICKENBORNE, *La structure de la notion d'égalité en droit*, in BUCH, FORIERS e PERELMAN (a cura di), op. cit., p. 176.
21. Sulla natura intrinsecamente relazionale del principio di eguaglianza, e sulla conseguente necessità, nel relativo scrutinio, di un *tertium comparationis* v. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 1976, pp. 43 ss. (in particolare, p. 49).
22. Data la sterminata mole di letteratura esistente sul tema non avrebbe senso in questa sede cercare di fornire indicazioni bibliografiche, sia pure essenziali. Per una rapida rassegna, e per ulteriori indicazioni, v. comunque lo studio di diritto comparato a cura di KOOPMANS, cit. *supra*, n. 3.
23. Di diverso avviso CERRI, op. ult. cit., p. 117, il quale, usando peraltro il termine "ragionevolezza" in una diversa accezione, ritiene che attraverso il giudizio di eguaglianza non vada valutata la bontà dei fini perseguiti dal legislatore, ma soltanto la correttezza logica, alla luce del principio di non contraddizione, del procedimento con cui da quei fini viene derivata la classificazione normativa.
24. Come sostenuto dall'Autore ult. cit., *ibid.*, p. 62 e p. 101 ss.
25. Dovuti a scarsa conoscenza da parte del legislatore del complessivo ordinamento in vigore, a

modificazioni del senso delle norme per mutate condizioni storiche, ad incongruenze fra disposizioni di una stessa disciplina, e così via.

26. Infatti secondo AGRO', *Commento art. 3, I comma*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, vol. 1, 1975, p. 123 ss., il richiamo al principio di eguaglianza consentirebbe il sindacato sugli intenti del legislatore, che altrimenti non verrebbero in rilievo nell'ambito del giudizio di costituzionalità.
27. AGRO', *op. ult. cit.*, p. 133 ss.
28. Cfr. HUANG-THIO, *Equal protection and rational classification*, in *Public Law*, 1963, p. 412 ss. e TUSSMAN e TEN BROECK, *op. cit.*, p. 343 ss.
28. (BIS) Va notato che questo livello del test potrebbe svolgersi anche in applicazione di un distinto "principio di proporzionalità": la sovrapposizione, per così dire, fra tale parametro di controllo (che, ricompreso fra i "principi generali del diritto comunitario", ha com'è noto ricevuto autonoma consacrazione nella giurisprudenza comunitaria: cfr. SCHERMERS, *Judicial Protection in the European Communities*, 1979, p. 55 ss.) e quello qui in esame risulta infatti inevitabile una volta che, in coerenza con l'esperienza costituzionale moderna, il principio di eguaglianza venga compreso nella sua natura "relazionale", e cioè, come si diceva, quale fonte di un obbligo di ragionevolezza delle differenziazioni normative (p.e., che ogni misura normativa risulti *reasonably* - o *substantially*, o *necessarily* - related al fine o interesse perseguito è richiesto dalla *Supreme Court* statunitense come requisito essenziale nel controllo che essa svolge in applicazione della *equal protection clause* del XIV Emendamento: cfr. di recente, la sentenza *Player v. Doe*, in *United States Law Week*, 1982, p. 4650, in particolare p. 4654 e ss., e, per una più generale analisi critica sul punto, NOTE, "Legislative purpose, rationality and equal protection", in *Yale LAW J.*, 1972, p. 123 ss.).
29. Ovviamente, definire la struttura formale del giudizio di eguaglianza non significa averne chiarita la "profondità", vale a dire i margini entro i quali attraverso di esso può essere limitata la discrezionalità del potere politico: rispondere alla questione vorrebbe dire entrare nell'intricatissima *querelle* sulla legittimità della *judicial review* (e sui suoi limiti), ciò che non è possibile fare esaurientemente in questa sede. Nondimeno è facile cogliere anche in questo campo la

tendenza rilevata in dottrina (v. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, 1974) ad accentuare o meno il rigore dello scrutinio a seconda della natura degli interessi materiali che entrano in gioco: per esempio, le *suspect (or forbidden classifications)*, per riprendere la terminologia statunitense, e cioè le classificazioni ritenute *prima facie* (o *a priori*) illegittime perché lesive del “nucleo forte” del concetto materiale di eguaglianza, risultano sottoposte ad un controllo più penetrante appunto perché tutte incidenti su condizioni essenziali per l’estrinsecazione della personalità umana, nei confronti delle quali sembra che in genere la garanzia della giustizia costituzionale debba mantenersi massima, e minima la disponibilità del potere politico. A tale proposito, e sempre in via incidentale, ci si può chiedere se, proprio in coerenza con questo modello, il controllo giudiziale non potrebbe spingersi oltre, finendo con l’imporre obblighi positivi in vista del conseguimento di quegli obbiettivi di giustizia sostanziale ricompresi nella moderna idea di eguaglianza: in altri termini, l’ipotesi cui si è sinora fatto riferimento è quella per cui *se* una norma è posta, *allora* essa non deve risultare discriminatoria, ma non sarebbe affatto impossibile immaginare (e la giurisprudenza americana in tema di “*civil rights injunctions*” ne è conferma: cfr. FISS, “*The Civil Rights Injunction*, 1978) che dal principio si ricavino anche *doveri* di normazione al fine di modificare preesistenti situazioni di disparità che l’ordinamento ritiene ingiuste.

30. In particolare, rilevano in questa sede: Regolamento n. 1612/68 del Consiglio del 15.10.1968 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all’interno della Comunità (G.U.C.E. n. L 257 del 19.10.1968), come modificato dal Regolamento n. 312/76 del Consiglio del 9.2.1976 (G.U.C.E. n. L 39 del 14.2.1976); Direttiva n. 68/360 del Consiglio del 15.10.1968 relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all’interno della Comunità (G.U.C.E. n. L 257 del 19.10.1968); Regolamento n. 1251/70 della Commissione del 29.6.1970 relativo al diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno stato membro dopo avere occupato un impiego (G.U.C.E. n. L 142 del 30.6.1970); Direttiva n. 77/486 del Consiglio del 25.7.1977 relativa alla formazione scolastica dei figli dei lavoratori migranti (G.U.C.E. n. L 199 del 6.8.1977).
31. Oltre alle opere successivamente citate, si rimanda per ulteriori indicazioni alla esauriente bibliografia contenuta in PANEBIANCO, *Circolazione dei lavoratori, ecc.*, op. cit., p. 1187.

32. Una proposta di direttiva presentata di recente dalla Commissione, a seguito delle risoluzioni del Parlamento Europeo del 16.11.1977 e del 13.4.1978, riguarda appunto il diritto di tutti i cittadini di uno Stato membro di dimorare sul territorio degli altri Stati membri, indipendentemente dal fatto di avervi esercitato o meno una attività economica (cfr. *Dodicesima Relazione Generale sulle attività delle Comunità Europee*, 1979, p. 93). V. sul punto TIZZANO, *Circolazione dei servizi nei paesi della CEE*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, 1980, p. 1213, e, più in generale sul tema dei "diritti speciali", GAIA, *L'attribuzione di diritti speciali ai cittadini della Comunità secondo il Parlamento europeo*, in *Riv. dir. int.*, 1978, p. 943.
33. V., p.e., le osservazioni di WYATT e DASHWOOD, *The substantive law of the EEC*, 1980, pp.125-127, e di BIANCHI, *Osservazioni sulla libera circolazione dei lavoratori dipendenti all'interno della Comunità Europea*, in *Foro pad.*, 1979, p. 1 ss. (e gli Autori ivi richiamati alla nota 1).
34. Nella prospettiva di quella "unione sempre più stretta tra i popoli europei" posta nel Preambolo del Trattato di Roma come fine ultimo della integrazione economica europea, il LEVI SANDRI (*Commento art. 48*, in *Commentario del Trattato CEE* diretto da QUADRI, MONACO e TRABUCCHI, 1965, p. 381), p.e., sostiene che la libera circolazione delle persone rappresenta "qualcosa di più elevato e di più impegnativo della libertà di movimento di un fattore della produzione", e cioè "una prima rudimentale e imperfetta forma di cittadinanza europea". Sul punto v. anche le osservazioni di TIZZANO, *loc. ult. cit.*
35. V., p.e., quanto chiaramente affermato dalla Corte nei capovv. 4-5 della sentenza 12 dicembre 1974 in causa 36/74, *Walrave, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia* (d'ora in poi: *Racc.*), 1974, p. 1418.
36. Sentenza 19 marzo 1964 in causa 75/63, *Unger, Racc.* 1964, p. 364, confermata dalla sentenza 27 ottobre 1971 in causa 23/71, *Janssen, Racc.* 1971, p. 864. In *Kityken*, p.e., (Sentenza 1 dicembre 1977 in causa 66/77, *Racc.* 1977, p. 2311) la Corte ha negato che la "situazione di una persona che si sia recata in un altro Stato membro per compirvi gli studi" e che durante questo periodo non sia stata soggetta ad un regime di previdenza sociale per i lavoratori subordinati, rientri nella sfera di applicazione degli artt. 48-51, mentre, viceversa, in *Walrave*, cit. e *Donà* (sentenza 14 luglio 1976 in causa 13/76, *Racc.* 1976, p. 1333) la qualifica di lavoratori è stata attribuita ai giocatori di

una squadra sportiva, nella misura in cui la loro presentazione avvenga sulla base di un rapporto di lavoro subordinato e non per puro dilettantismo.

37. PANEBIANCO, *op. cit.*, p. 1193.
38. Cfr. il capov. 31 della sentenza 8 aprile 1976 in causa 48/75, *Royer, Racc.* 1976, p. 497. V. anche art. 69 Regolamento 1408/71 del Consiglio del 14/6/1971 (*G.U.C.E.* n. L 149 del 5/7/1971).
39. *Ibid.*, capovv. 31-33.
40. Così PANEBIANCO, *Lo Statuto dei lavoratori italiani all'estero*, 1974, p. 279.
41. Tale è, p.e., l'opinione dell' Avv. Warner in *Saunders*, (sentenza 28 marzo 1979 in causa 175/76, *Racc.* 1979, p. 1129) che sottolinea come il Trattato parli del diritto "di spostarsi liberamente ... nel territorio degli Stati membri" e non semplicemente di "spostarsi liberamente da uno Stato membro all'altro" (p. 1143).
42. Sentenza 28 ottobre 1975 in causa 36/75, *Racc.* 1975, p. 1231.
43. L'Avv. Gen. in *Saunders*, cit., avanza i suoi dubbi circa la possibilità di considerare quella delle "situazioni puramente interne ad uno Stato membro" come una categoria generale di diritto comunitario, soprattutto in ragione del particolare contesto in cui essa è stata originariamente utilizzata dalla Corte (*Racc.* 1979, p. 1141 s).
44. Sentenza 7 febbraio 1979 in causa 115/78, *Knoors, Racc.* 1979, p. 399 (relativa, si noti, ad un caso in materia di libertà di stabilimento).
45. *Racc.* 1979, p. 1132.
46. Come è noto tale verifica ha esito diverso nelle due cause. In *Knoors*, l'elemento decisivo per la estensione dei benefici di una direttiva in tema di libertà di stabilimento da parte di uno Stato membro ad un proprio cittadino risulta essere nel fatto che questi, "per avere risieduto regolarmente sul territorio di un altro Stato membro" si trova riguardo al suo Stato di origine "in una situazione assimilabile a quella di tutti gli altri soggetti beneficianti dei diritti e delle libertà garantite dal Trattato" (*Racc.* 1979, p. 409). Al contrario in *Saunders* la Corte qualifica la fattispecie in esame come "situazione puramente interna" sembra (v. infatti i dubbi espressi *infra*, § 3, B) perché essa si riferisce alla circolazione di un cittadino all'interno del territorio del proprio Stato, ipotesi questa che si ritiene non riconducibile al campo di applicazione degli artt.

48 ss.

47. Sentenza 3 luglio 1974 in causa 9/74, *Racc.* 1974, p. 773.
48. *Ibid.*, p. 779.
49. V. infatti quanto osservato *infra*, § 5.
50. Cfr. i casi *Royer*, cit., *Watson* (sentenza 7 luglio 1976 in cause 118/75, *Racc.* 1976, p. 1185) e *Sagulo*, (sentenza 14 luglio 1977 in causa 8/77, *Racc.* 1977, p. 1495).
51. Sentenza 28 novembre 1978 in causa 16/78, *Choquet*, *Racc.* 1978, p. 2297.
52. Sentenze 4 dicembre 1974 in causa 41/74, *Van Duyn*, *Racc.* 1974, p. 1346; 27 febbraio 1975 in causa 67/74, *Bonsignore*, *Racc.* 1975, p. 306; 28 ottobre 1975 in causa 36/75, *Rutili*, cit.; 27 ottobre 1977 in causa 30/77, *Boucherau*, *Racc.* 1977, p. 1999; ecc.
53. V. infatti la sentenza 11 aprile 1973 in causa 76/72, *Michel S.*, *Racc.* 1973, p. 457.
54. Cfr. le conclusioni dell'Avv. Gen. Trabucchi nel caso *Coniugi F.* (sentenza 17 giugno 1975 in causa 7/75, *Racc.* 1975, p. 691, in particolare p. 693 ss.) e le affermazioni della Corte ivi richiamate nei casi *Calleyem* (*Racc.* 1974, p. 561, capov. 8), *Costa* (*Racc.* 1974, p. 1260, capov. 8), *Frilli* (*Racc.* 1972, p. 466, capov. 15). Sulla (peraltro logica) possibilità di estendere al Regolamento n. 1612/68 principi interpretativi definiti in relazione al Regolamento n. 1408/71 sulla sicurezza sociale dei lavoratori, v. quanto sostenuto dallo stesso Avv. Gen. nel caso *Cristini* (sentenza 30 settembre 1975 in causa 32/75, *Racc.* 1975, p. 1099).
55. Cfr. infatti il capov. 9 della sentenza *Michel S.*, cit., con i capovv. 18-21 della sentenza *Inzirillo* (sentenza 16 dicembre 1976 in causa 63/76, *Racc.* 1976, p. 2067 s.).
56. V., in particolare, i capovv. 12 e 13 della sentenza (*Racc.* 1975, p. 1094).
57. Sentenza 29 gennaio 1975 in causa 68/74, *Racc.* 1975, p. 209.
58. Sentenza 13 dicembre 1972 in causa 44/72, *Racc.* 1972, p. 1243; in particolare, il caso si riferiva all'estensibilità o meno ai lavoratori comunitari migranti dei Benefici di una legge tedesca che subordina il licenziamento di invalidi all'approvazione dell'ente previdenziale centrale.
59. Sentenza 15 ottobre 1969 in causa 15/69, *Racc.* 1969, p. 363. Per l'esposizione del caso v. *infra*, § 5 e n. 108.
60. Cfr. *BLECKMANN*, *op. cit.*, p. 469 s. e p. 480.

61. E cioè, diritti ad un trattamento non discriminatorio in discipline attinenti alla mobilità territoriale e professionale dei lavoratori. Non ci riferiamo, invece, ad eventuali situazioni soggettive di vantaggio riconosciute ai cittadini nazionali come "riflesso" di diritti attribuiti ex art. 48 ss. ai lavoratori migranti di altri Stati membri, l'esistenza delle quali è ovvia, come dimostra, p.e., il capov. 23 della sentenza *Watson* (Racc. 1976, p. 1198).
62. Cfr. DRUESNE, *Remarques sur le champ d'application personnel du droit communautaire: des "discriminations à rebours" peuvent elles tenir en échec la liberté de circulation des personnes?*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1979, p. 429, e KON, *Aspects of Reverse Discrimination in Community Law*, in *Eur. Law Rev.*, 1981.
63. In tale caso infatti la Corte segue implicitamente la Commissione (e l'Avv. Gen.) nel ritenere che la lettera dell'art. 52 CEE, che porterebbe senz'altro a riconoscere l'azionabilità della libertà di stabilimento soltanto nei confronti di uno Stato diverso dal proprio, possa essere superata considerando tale articolo nel più generale contesto delle norme sulla libera circolazione delle persone e, in particolare, dell'obiettivo da queste perseguito, vale a dire la creazione di un mercato unificato "nel quale tutti i cittadini di ciascuno degli Stati membri abbiano la possibilità di esercitare liberamente la propria attività economica stabilendosi o prestando dei servizi ovunque nella Comunità". (Racc. 1979, p. 405 s.).
64. Sulle possibili contrastanti interpretazioni degli artt. 7 e 48-66 sotto questo profilo, cfr. KON, *op. cit.*, p. 82 s., ove vengono ricordate le opinioni di Hochbaum e Megret. Che l'art. 7 CEE, in particolare se applicato alla libertà di movimento, "interdit aussi à l'Etat de désavantager ses nationaux par rapport aux étrangers" è dato quasi per scontato da BLECKMANN, *op. cit.*, p. 478, che richiama l'analoga posizione di Bode.
65. Per un'analisi del modo in cui il problema si è posto nel settore della libera circolazione delle merci (artt. 30-37), v. KON, *op. cit.*, p. 91 ss.
66. Ci riferiamo a quella parte della sentenza ove la Corte, posto che l'art. 48 "non si propone tuttavia di limitare il potere degli Stati membri di porre delle restrizioni, nel loro territorio, alla libera circolazione di chiunque sia soggetto alla loro giurisdizione, in conformità alle leggi penali nazionali" (capov. 10), subito dopo aggiunge che le "disposizioni del Trattato in materia di

libera circolazione dei lavoratori non possono *quindi* essere applicate a situazioni puramente interne di uno Stato membro" (capov. 11): l'avverbio "quindi" da noi enfaticizzato, sembrerebbe così risolvere le "situazioni puramente interne" appunto nell'esercizio dei poteri penali (in contrasto con una precedente e consolidata giurisprudenza comunitaria).

67. Cfr. p.e., il già ricordato caso *Sagulo*.
68. Pur trattandosi infatti di un provvedimento amministrativo (e non penale) esso era egualmente diretto a restringere la libertà di circolazione del destinatario ad una parte limitata del territorio nazionale: e, come risulta chiaro dalla stessa sentenza, è che sia tale effetto sostanziale, più che la natura formale delle misure, ad interessare la Corte ed a guidarne il ragionamento risulta chiaro dalla stessa sentenza (per un identico approccio in riferimento al caso *Watson v.* quanto osservato da TOMUSCHAT, *Le principe de proportionnalité: quis iudicabit?*, in *Cah. Dr. Eur.*, 1977, p. 99).
69. Sentenza 13 febbraio 1969 in causa 14/68, *W. Wilhelm*, *Racc.* 1969, p.I. Il caso verteva sull'interpretazione degli effetti derivanti dal divieto di discriminazioni ex art. 7 sulla normativa comunitaria antitrust. Ad essere precisi, mentre Commissione (p.12) e Avv. Gen. (p. 28) riconoscono esplicitamente che l'art. 7 garantisce i singoli anche nei confronti di provvedimenti assunti dal proprio Stato di cittadinanza, la Corte si limita ad imporre che la legislazione interna degli Stati membri si applichi a chiunque sia ad essa soggetto, secondo criteri oggettivi *ed indipendentemente dalla nazionalità*, passaggio, quest'ultimo, che è stato comunque interpretato in dottrina appunto come divieto agli Stati membri di discriminare (anche) i propri cittadini nell'applicazione del diritto comunitario (cfr. WYATT, *Social Security Benefits and Discrimination by a Member State against its own nationals*, in *Eur. Law Rev.*, 1978, p. 491, che cita l'opinione conforme di SUNDBERG-WEITMAN, *Discrimination on Grounds of Nationality*, 1977, pp. 113-116).
70. Cfr. soprattutto il passaggio della sentenza in cui si sostiene che "... i cittadini di tutti gli Stati membri devono poter godere delle misure di liberalizzazione che la direttiva prevede, allorché essi si trovano oggettivamente in una delle situazioni da quella previste, senza che sia premesso stabilire una differenza di trattamento in funzione della loro residenza o nazionalità" (*Racc.*

1979, p. 409) e le considerazioni non formalistiche sulla base delle quali l'Avv. Gen. Reischl, al punto 3 delle sue Conclusioni (*Racc.* 1979, p. 416), giunge ad equiparare la condizione del Knoors nei confronti del suo Stato di cittadinanza a quella di qualsiasi altro prestatore di servizi cittadino di un altro Stato membro. *Mutatis mutandis*, lo stesso tipo di logica non avrebbe forse dovuto condurre a risolvere in modo simile i casi *Rutili* e *Saunders* onde evitare "una patente discriminazione . . . a causa esclusivamente della . . . cittadinanza, discriminazione assolutamente incompatibile con principii fondamentali del Trattato CEE" (*Ibid.*)? Si consideri, infatti che Roland Rutili, per quanto formalmente "migrante" e quindi titolare dei relativi diritti di mobilità, nondimeno era nato ed aveva sempre vissuto in Francia, vi era stato educato, vi si era sposato con una cittadina francese, e non risultava quindi in una condizione realisticamente differenziabile da quella dei suoi colleghi francesi, del cui interesse alla libera circolazione all'interno del territorio d'Olttralpe, applicando la *ratio decidendi* della sentenza *Saunders*, andrebbe invece predicata l'irrelevanza comunitaria.

71. Sulla base della motivazione per cui "... i cittadini di tutti gli stati membri devono poter godere delle misure di liberazione che la direttiva prevede, allorché essi si trovano oggettivamente in una delle situazioni da quella previste, senza che sia permesso stabilire una differenza di trattamento in funzione della loro residenza o della loro nazionalità". (*Racc.* 1979, p. 409).
72. *Racc.* 1974, p. 1405.
73. Di fronte a dubbi sollevati nel corso del giudizio sulla esistenza di giurisdizione comunitaria a fronte di fattispecie, come quella sottoposta a scrutinio, svolgentesi al di fuori del territorio delle Comunità, la Corte, seguendo l'Avv. Gen. Warner (*Racc.* 1974, p. 1425), afferma che "il principio di non discriminazione, in ragione del suo carattere imperativo, costituisce un parametro inderogabile per qualsiasi rapporto giuridico purché questo, in considerazione sia del luogo in cui sorge *sia del luogo in cui dispiega i suoi effetti*, possa essere ricondotto al territorio delle Comunità" (*Racc.* 1974, p. 1420, enfasi aggiunta).
74. La Corte è stata più volte chiara nello stabilire la responsabilità dello Stato membro per atti o comportamenti lesivi del diritto comunitario posti in essere da *qualsiasi* autorità pubblica, legislativa, amministrativa o giurisdizionale che sia. In *Rutili*, p.e., la Corte ha sottolineato come il

controllo sul rispetto dei limiti comunitari all'assunzione dei provvedimenti di ordine pubblico si eserciti non solo nei confronti di atti legislativi ma anche verso le singole decisioni amministrative adottate in forza di leggi o regolamenti (*Racc.* 1975, p. 1229 ss.)

75. Cfr. *infra*, n. 165.

76. Cit., *Racc.* 1974, p. 1419 s. Conforme *Donà*, cit., *Racc.* 1976, p. 1340.

77. Cit., *Racc.* 1972, p. 1245.

78. La teoria, sviluppata com'è noto essenzialmente del pensiero giuspubblicista tedesco, consiste appunto nel ritenere che dal riconoscimento costituzionale dei diritti fondamentali (e, in particolare, del principio di eguaglianza) discendano limiti anche nei confronti dei poteri privati (oltre che, com'è ovvio, di quelli pubblici). V. sul punto KOOPMANS, *Comparative Analysis and Evaluation*, in KOOPMANS (ed.), *op. cit.*, p. 227 ss. e KLEIN, *The principle of Equality*, ecc., *ibid.*, p. 91 s. Una particolare versione di tale teoria è quella elaborata dalla Corte Suprema statunitense nel celebre caso *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948), in cui si è sostenuta l'illegittimità costituzionale della esecuzione giudiziale di contratti fonti di discriminazioni razziali, essendo tale esecuzione azione di poteri pubblici e come tale sottoposta agli imperativi del *Bill of Rights*.

79. *Racc.* 1974, p. 1420.

80. SUNDBERG-WEITMAN, *Addressees of the Ban of Discrimination Enshrined in Article 7 of the EEC Treaty*, in *C.M.L. Rev.*, 1973, p. 71 ss. in particolare p. 79.

81. *Racc.* 1976, p. 1344 ss.

82. Sentenza 17 luglio 1963 in causa 13/63 *Governo della Repubblica Italiana c. Commissione*, *Racc.* 1963, p. 337 (il caso verteva sull'interpretazione dell'art. 226 relativo alle c.d. misure di salvaguardia).

83. Cfr. p.e. la sentenza 12 febbraio 1974 in causa 162/73, *Sotgiu*, *Racc.* 1974, p. 153, ove il criterio di classificazione considerato (per la concessione di maggiori indennità di separazione dal luogo di residenza abituale) è quello della residenza sul territorio nazionale e non quello della cittadinanza.

84. Cit., *Racc.* 1976, p. 1185. Va notato che la Commissione, per definire il trattamento differenziato di situazioni differenti, parla (ci sembra erroneamente) di legittimità della "discriminazione". A

nostro avviso, invece, “discriminazioni legittime” si hanno quando classificazioni, *di per sé irragionevoli*, vengono ad essere giustificate sulla base di interessi superiori del sistema (sono le ipotesi di cui al § 7, *infra*).

85. Cit. *Racc.* 1977, p. 1495.

86. Cit. *Racc.* 1978, p. 2297.

87. Cit. *Racc.* 1974, p. 1405 e *Racc.* 1976, p. 1333. Ad essere precisi, è soltanto nel secondo di questi due casi che la Corte ricorre al criterio della “diversità obbiettiva” di situazioni per legittimare la distinzione fra cittadini nazionali e cittadini stranieri nella costituzione di squadre sportive rappresentative dei colori nazionali. In *Walrave* infatti, mentre la Commissione segue appunto questo criterio (p. 1409), la Corte giunge invece alla stesse conclusioni sulla base di diverse considerazioni, e cioè che essendo la formazione di tali squadre operata esclusivamente in base a criteri tecnico sportivi, ne consegue l'impossibilità di configurare tale attività sotto il profilo economico e quindi di sottoporla alla disciplina comunitaria. Ora è evidente che la operatività degli artt. 48 ss. non dipende dai criteri utilizzati nella scelta dei giocatori, quanto dal tipo di rapporto che lega questi alla squadra: se si tratta di un rapporto di lavoro, e non di una partecipazione a titolo dilettantistico, allora la fattispecie attiene senz'altro ad attività economiche e, come tale, risulta sottoponibile allo scrutinio comunitario (anche se questo può poi avere, come nel caso di specie, esito positivo). Ad ogni modo, come dicevamo, nel successivo caso *Donà* la Corte sembra allinearsi sulle più corrette posizioni della Commissione.

88. Per vari esempi di diversità di trattamento che la condizione specifica di straniero sembra giustificare v. BLECKMANN, *Considérations sur l'interprétation, ecc.*, op. cit., p. 472.

89. Cfr. BODE, *Die Diskriminierungsverbote im Vertrag über die Ewg*, 1968, p. 295 ss. e WAGENBAUR, in GROEBEN-BOECKH-THIESING, *Kommentar zum Ewg-Vertrag*, 1974, p. 111, citt. da BLECKMANN, *op. ult. cit.*, p. 471. La posizione sembra condivisa da quest'ultimo Autore, ma solo parzialmente, poiché altrove egli sembra dare rilievo al fine della norma, lì ove sostiene (p. 474) che “les différentes dispositions du traité et ses buts peuvent exclure qu'une différenciation soit couverte par la nature des choses: le but qui établit la différenciation peut être contraire au traité”.

90. *Racc.* 1976, p. 1207.
91. *Racc.* 1976, p. 1197.
92. *Racc.* 1977, p. 1506.
93. In *Choquet*, la ragionevolezza di norme differenziate in materia di conduzione di autoveicoli da parte di stranieri viene fatta dipendere: 1) dal fatto che tali norme perseguano un ben individuato fine (sicurezza della circolazione stradale) e che tale fine non risulti in contrasto con altri interessi comunitariamente tutelati, 2) dal fatto che la classificazione secondo nazionalità rispecchi obiettive diversità di fatto (il controllo sullo straniero anche già titolare di una patente nazionale di guida si giustifica nella misura in cui, in assenza di armonizzazione delle legislazioni in materia, i criteri di concessione delle patenti restano differenti), 3) dal fatto che comunque le misure adottate risultino proporzionate rispetto al fine perseguito. In *Royer e Sagulo*, trattandosi di fattispecie simili, la Corte svolge lo stesso tipo di argomentazioni del caso *Watson*, cui quindi si rinvia. Piuttosto va rilevato che la Corte sembra ricorrere, nei casi sin qui ricordati, a parametri diversi allorché definisce l'obbligo di proporzionalità delle misure. Rispetto a che cosa questa va infatti valutata, rispetto al fine specifico della disciplina (come sembra volere la Corte in *Choquet*) o anche rispetto all'interesse fondamentale della libera circolazione cui quel fine va funzionalizzato (come è in *Watson* e *Sagulo*)? E nel valutare la proporzionalità si deve tener conto di *simili* disposizioni dirette ai cittadini nazionali (come nei fatti è sostenuto in *Watson*) oppure no (come accade in *Sagulo*, nonostante il diverso avviso di Avv. Gen. e Commissione?)?.
94. Cit., *Racc.* 1969, p. 363.
95. Cit., *Racc.* 1973, p. 457.
96. Cit., *Racc.* 1974, p. 773.
97. Cit., *Racc.* 1975, p. 1085.
98. Cit., *Racc.* 1975, p. 1229.
99. Che, per esempio, nel proprio scrutinio di eguaglianza, la Corte Costituzionale italiana dia rilievo primario al fine *obiettivo* della norma, è sostenuto ed argomentato con varie citazioni giurisprudenziali da AGRO', *op. cit.*, p. 142 ss.

100. *Racc.* 1969, p. 367.
101. Cit., *Racc.* 1975, p. 679.
102. Cit., *Racc.* 1974, p. 1346.
103. Cit., *Racc.* 1977, p. 1999.
104. La Commissione giunge, in contrasto con la Corte, a questa stessa conclusione, ma sulla base di un ben diverso *iter* logico, e cioè richiedendo che il divieto di discriminazioni secondo nazionalità *ex art.* 48,2 trovi applicazione anche nel caso di provvedimenti assunti per motivi d'ordine pubblico, ciò che come vedremo (*infra*, § 7) non ci sembra condivisibile. L'errore della Corte in *Van Duyn* è piuttosto, come sostenuto nel testo, nella non realistica valutazione del fine perseguito dal provvedimento impugnato.
105. Entrambi dati, questi, sottolineati nettamente, e certo non a caso, dall'Avv. Gen. Mayras all'inizio delle sue Conclusioni (cfr. *Racc.* 1974, p. 1359).
106. V. infatti il capov. 8 della sentenza 18 maggio 1982 in cause riunite 115 e 116/81, *Adoui e Cornuaille*, non ancora pubblicata, ove si afferma esplicitamente "qu'un comportement ne saurait être considéré comme ayant un degré suffisant de gravité pour justifier des restrictions à l'admission ou au séjour, sur le territoire d'un Etat membre, d'un ressortissant d'un autre Etat membre *dans le cas où le premier Etat ne prend pas, à l'égard du même comportement, quand il est le fait de ses propres ressortissants, des mesures répressives ou d'autre mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement*" (enfasi aggiunta).
107. Sentenza 22 maggio 1980 in causa 131/79, *Santillo*, *Racc.* 1980, p. 1585.
108. In *Ugliola*, fra gli altri argomenti utilizzati dal Governo tedesco, vi era pure quello che, essendo i vantaggi in questione riconosciuti a chiunque prestasse il servizio militare nella *Bundeswehre* non ai cittadini tedeschi in quanto tali, non sussisteva discriminazione secondo nazionalità (*Racc.* 1969, p. 367). E' l'Avv. Gen. che risponde a simili tesi (*Racc.* 1969, p. 374) rilevando che la discriminazione sussiste egualmente, anche se non in modo evidente, dal momento che la prestazione del servizio di leva nell'esercito tedesco dipende dalla chiamata alle armi, e che questa, a sua volta, è basata sulla nazionalità: un chiaro esempio di discriminazione dissimulata. La Corte invece non entra nel merito, e risolve il caso in modo apparentemente diverso,

stabilendo, cioè, la contrarietà al diritto comunitario della mancata equiparazione da parte di uno Stato membro (ai fini della concessione di vantaggi sociali attinenti alla condizione di lavoratore) di situazioni svolgentesi all'interno del territorio statale a situazioni identiche prodottesi al di fuori di questo. In realtà, a ben guardare, è proprio la sia pur inespressa consapevolezza dell'esistenza di una discriminazione dissimulata a determinare la decisione della Corte. Ciò appare evidente se si cerca di interpretare l'apparente contrasto di *Ugliola* con una più recente sentenza (28 giugno 1978 in causa 1/78, *Kenny*, *Racc.* 1978, p. 1489) nella quale, per l'opposto, la Corte nega l'esistenza, in linea di principio, del suddetto obbligo di equiparazione alla luce del diritto comunitario: il legislatore nazionale, viene osservato in *Kenny* (*Racc.* 1978, p. 1498) è del tutto libero di realizzare o meno l'equivalenza fra fattispecie svolgentesi all'esterno ed identiche fattispecie interne, con l'unico ovvio limite che questa scelta non produca, neppure indirettamente, differenziazioni nel godimento dei diritti in questione fondati sulla nazionalità. Ebbene, è appunto quest'ultima riserva a risolvere l'apparente dissidio giurisprudenziale e a dare il senso del ragionamento seguito dalla Corte in *Ugliola*, indicando come, in quest'ultimo caso, l'obbligo di equiparazione non valga in sé, ma solo perché in sua assenza si produrrebbe comunque una discriminazione (dato, questo, che invece in *Kenny* la Corte ritiene solo potenziale). Da notare, peraltro, che anche in quest'ultima sentenza la Corte realizza un diretto richiamo al concetto di discriminazioni dissimulate, lì ove afferma che una discriminazione secondo nazionalità si avrebbe egualmente se le condizioni per l'acquisizione o il mantenimento del diritto fossero definite in modo tale da poter essere *di fatto* soddisfatte solo dai cittadini nazionali o se le condizioni di perdita del diritto fossero definite in modo tale da potersi realizzare più facilmente in capo ai cittadini degli altri Stati membri (*Racc.* 1978, *ibid.*).

109. *Racc.* 1974, p. 164.

110. Cit. *Racc.* 1978, p. 2304 (ma v. anche le Conclusioni dell'Avv. Gen. Reischl, p. 2309).

111. Cfr. per esempio, *Powell v. Pennsylvania*, 127 U.S. 678 (1888).

112. Utilizzando la formula "as construed by state courts": v. p.e., *Louisville New Orleans and Texas Railway Co. v. Mississippi*, 133 U.S. 587 (1889) (in particolare p. 591).

113. Per riprendere la "*dissenting opinion*" di Brandeis in *Quaker City Cab. Co. v. Pennsylvania*, 277

U.S. 389 (1927), "We call that action reasonable which an informed, intelligent, just minded, civilized man could rationally favour" (p. 406).

114. Cfr. le osservazioni in materia di AGRO', *op. cit.*, p. 145.

115. *Racc.* 1976, p. 1210.

116. Di particolare rilievo fra i vari mezzi istruttori di cui la Corte può valersi, oltre alla comparizione personale delle parti, alla prova testimoniale, alla perizia, all'accesso sul posto, ci sembra soprattutto la facoltà riconosciuta ai giudici di Lussemburgo di richiedere alle parti, e a istituzioni e Stati membri in genere, di produrre "tutti i documenti" e di dare "tutte le informazioni" che essi reputino "desiderabili" o "necessarie" ai fini del processo (art. 21 Statuto, art. 45, 2, b Regolamento).

117. Cfr. *infra*, § 7.

118. Cfr., p.e., le affermazioni della Corte (in particolare il capov. 13 della sentenza) e dell' Avv. Gen. Roemer (p. 28) nel caso *Wiblelm* (cit., *Racc.* 1969, p. 1 ss.). In riferimento alla libera circolazione dei lavoratori il principio è riaffermato p.e. in *Kenny* (cit., *Racc.* 1978, p. 1498).

119. Nell'esprimere un processo di integrazione fra enti sovrani, l'ordinamento comunitario non postula infatti *a priori* un diritto uniforme, ma al contrario riconosce la discrezionalità legislativa di ciascuno Stato membro nell'attuazione degli imperativi dei Trattati (e quindi la varietà normativa che ne può conseguire). Certo, quanto più ampio e preciso è il contenuto di tali imperativi (e di particolare rilievo sotto questo profilo risulterebbero gli sviluppi, auspicati in conclusione del lavoro, della nozione di eguaglianza comunitariamente protetta), tanto più si riduce il margine di manovra lasciato ai poteri statali. Nondimeno, finché questi agiscono in conformità con le norme del diritto comunitario, nessuna azione giudiziale può poi essere proposta contro le disparità di trattamento derivanti dalle eventuali disomogeneità in tal modo prodottesi fra gli ordinamenti nazionali (neanche qualora queste risultino per se lesive degli obbiettivi di integrazione: in tal caso la via da seguire sarebbe quella degli artt. 100-102 e della particolare procedura decisionale per l'armonizzazione delle legislazioni ivi prevista).

120. Cit., *Racc.* 1978, p. 1489.

121. Cfr. OGUS e BARENDT, *The Law of Social Security*, 1978, p. 421 s.

122. Lo stesso tipo di analisi potrebbe valere per la sentenza *Kuyken*, cit., ove la Corte sembra disinteressarsi dei possibili effetti discriminatori derivanti dalla mancata equiparazione di fattispecie svolgentesi all'estero ad identiche fattispecie producentesi all'interno (qui in tema di riconoscimento di periodi di studio svolti all'estero al fine della concessione di sussidi di disoccupazione). *Racc.* 1977, p. 2319 s., soprattutto i capovv. 20 e 21.
123. Cfr. *supra*, p. 19 s.
124. Cit., *Racc.* 1979, p. 1129.
125. La formulazione della sentenza, in realtà, non è molto chiara. Dopo aver affermato il principio generale per cui le disposizioni relative alla concessione di patenti di guida agli stranieri sono incompatibili con il diritto comunitario qualora creino degli oneri tali da impedire la libera circolazione delle persone (la quale sembrerebbe quindi assurgere ad autonomo parametro di verifica della proporzionalità), la Corte aggiunge poi che tale eccessiva onerosità si ha nel caso di provvedimenti non riconducibili secondo criteri di ragionevolezza ai bisogni di sicurezza della strada, il che dovrebbe significare che misure ostacolanti l'esercizio dei diritti riconosciuti dagli artt. 48 ss., ma proporzionate rispetto all'obiettivo della sicurezza stradale, risultano del tutto conformi al diritto comunitario.
126. L'utilizzazione della libera circolazione come parametro distinto rispetto a quello della parità di trattamento non appare infatti chiara in *Sagulo*, giacché la Corte, in contrasto con Commissione (*Racc.* 1977, p. 1501) e Avv. Gen. (*Racc.* 1977, p. 1513), e sulla base di argomentazioni poco convincenti (giustamente censurate in dottrina: cfr. WYATT, *Residence permits for nationals of the member states*, in *Eur. Law. Rev.*, 1977, p. 448) nega l'equiparabilità delle misure in questione con misure simili assumibili nei confronti di cittadini nazionali, escludendo così a priori la possibilità di un giudizio ex artt. 7 e 48,2.
127. *Racc.* 1976, p. 1198 (enfasi aggiunta).
127. (BIS) *Supra*, n. 28 bis.
128. *Racc.* 1979, p. 1142 s.
129. In primo luogo, l'applicazione di tale modello condurrebbe nei fatti la Corte di giustizia a sviluppare una propria politica di giustizia penale, per lo meno in riferimento a quelle misure

tipiche delle quali essa dovrebbe valutare la ragionevolezza rispetto a scopi di prevenzione-repressione del crimine, e c'è da chiedersi fino a che punto sia realisticamente legittimabile una simile "intrusione" comunitaria in un'area tradizionalmente dominio riservato degli Stati membri, soprattutto in assenza di norme quadro di diritto comunitario derivato (il discorso sarebbe infatti diverso se, p.e., venisse emanata una direttiva tipo la 64/221, ciò che limiterebbe la discrezionalità dei giudici di Lussemburgo in materia, fornendo loro ben precisi criteri di valutazione). In secondo luogo va notato che le proposte dell'Avv. Gen. Warner costituiscono un passo avanti ma al tempo stesso un passo indietro rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte nella direzione dell'ampliamento del controllo giudiziale. Un passo avanti, perché ammettono la possibilità di un controllo nel merito di provvedimenti di "confinamento" mentre (in *Rutili*) la Corte si era limitata a richiedere il rispetto della parità di trattamento secondo nazionalità. Un passo indietro, perché portano a ritenere che misure sostanzialmente equiparabili all'espulsione, ma giustificabili sulla base di finalità proprie della giustizia penale, siano assumibili indipendentemente dalla presenza di motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza, introducendo così una distinzione ignota alla Corte che ha sempre richiesto, per *qualsiasi* provvedimento di espulsione, il ricorso alla deroga dell'art. 48,3.

130. Quanto alla nozione di "pubblica sicurezza", non sembra che essa possa essere contrapposta a quella di ordine pubblico, costituendone piuttosto un'appendice. Come osservato in dottrina (RUGGIERO e DE DOMINICIS, *Commento art. 56*, in QUADRI-MONACO-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 437) "si tratta in realtà di una endiadi che vuole esprimere un unico concetto generale nel cui ambito vengono a distinguersi l'interesse della tutela della pace sociale e della incolumità collettiva".

Per quel che concerne invece i motivi di "sanità pubblica", essi rinviano all'ipotesi in cui il lavoratore migrante sia affetto da una delle malattie contagiose o pericolose tassativamente elencate in allegato alla Direttiva n. 64/221, nel qual caso lo Stato può legittimamente rifiutare l'ingresso nel proprio territorio o il rilascio del primo permesso di soggiorno. Si tratta di una ipotesi marginale, per la quale comunque l'analisi proposta nel testo sembra valere egualmente (quale ragionevole motivo può infatti essere addotto per giustificare un trattamento differenziato del lavoratore cittadino di un altro Stato membro, sia pure sofferente di malattie socialmente

dannose, rispetto al lavoratore nazionale che si trovi nelle stesse condizioni?).

131. Cfr. in tal caso LYON-CAEN, *La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1966, p. 634, secondo il quale l'ordine pubblico "joue le rôle de soupape de sûreté" permettendo "que l'Etat de droit un instant redevienne un Etat de police ou d'arbitraire". Inutile dire che ci riferiamo qui alla nozione pubblicista dell'ordine pubblico inteso quale fondamento per deroghe al godimento di diritti e libertà fondamentali, che è appunto la nozione utilizzata dall'articolo 48,3; non entrano quindi in gioco in questa sede i corrispondenti (ed equifunzionali) concetti internazional-privatistico e privatistico. (Cfr. sul punto BADIALI, *Il diritto degli Stati negli ordinamenti delle Comunità europee*, 1971, p. 303 s., e, per osservazioni di carattere generale sui diversi usi della nozione, RUGGIERO e DE DOMINICIS, *op. cit.* p. 436 s.).
132. E' questo, p.e., il senso del principio generale ricavabile dagli artt. 8,9,10,11 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo in base ai quali non possono essere poste limitazioni al godimento dei diritti e delle libertà ivi garantiti, per motivi di ordine pubblico o di sicurezza nazionale, che non risultino strettamente "necessarie" per la protezione di tali interessi alla luce di criteri propri di "una società democratica". In *Rutili* la Corte equipara esplicitamente la funzione di tale principio con quella svolta dall'"inquadramento comunitario" della nozione di ordine pubblico.
133. La Direttiva del Consiglio del 25.2.1964 n. 64/221 "per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento ed il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, (G.U.C.E. n. 56 del 4.4.1964) realizza infatti il proprio obbiettivo ponendo da un lato limiti di carattere sostanziale (i "motivi di ordine pubblico" non possono essere invocati per fini economici, né per fatti non riconducibili al comportamento personale del lavoratore o per la sola esistenza in capo a questi di condanne penali; provvedimenti di espulsione non possono trovare giustificazione nella semplice scadenza del documento di identità che ha permesso l'ingresso e la concessione del permesso di soggiorno; ecc.) e dall'altro garanzie procedurali (il provvedimento deve essere notificato all'interessato in una con i motivi che ne giustificano l'adozione, se non si oppongono motivi inerenti alla sicurezza dello Stato; il lavoratore deve avere la possibilità di esperire contro di esso tutti i ricorsi consentiti ai cittadini contro gli atti amministrativi o ricorsi equivalenti nel caso in

cui non siano ammessi ricorsi giurisdizionali in cui il provvedimento sia valutato in punto di diritto e di fatto, ecc.).

134. Cfr. le già citate pronunzie *Van Duyn*, *Bonsignore*, *Rutili*, *Royer*, *Boucherau*, *Santillo* e *Adoui e Cornuaille* (non ancora pubblicata). V. anche la sentenza 5 marzo 1980 in causa 98/79, *Pecastaing*, *Racc.* 1980, p. 691.
135. Il punto è posto chiaramente in *Rutili*, allorché la Corte sostiene che lo scopo dell'inquadramento comunitario è "da un lato limitare il potere discrezionale degli Stati membri" di cui la Corte riconosce senz'altro l'esistenza (cfr. *Van Duyn*, cit., *Racc.* 1974, p. 1350, e le osservazioni dell'Avv. Gen. Mayras in *Bonsignore*, cit., *Racc.* 1975, p. 314), "e dall'altro assicurare che i diritti delle persone sottoposte a tali misure restrittive siano protetti . . ." (*Racc.* 1975, p. 1231).
136. "Deve essere sottolineato che il concetto di ordine pubblico, nel contesto della Comunità e in particolare allorché è usato come giustificazione per derogare al principio fondamentale della libertà di circolazione dei lavoratori, va interpretato strettamente" (Corte in *Van Duyn*, cit., *ibid.* V. anche *Bonsignore*, cit., *Racc.* 1975, p. 306).
137. *Boucherau*, cit., *Racc.* 1977, p. 2015.
138. *Ibid.*
139. *Rutili*, cit., *Racc.* 1975, p. 1232. Da notare che la Corte adotta un atteggiamento più restrittivo rispetto alla Commissione, che si riferisce più ampiamente (p. 1225) all'esercizio di qualsiasi libertà pubblica, e non dei soli diritti sindacali. Ciò ha spinto qualche Autore (TOMUSCHAT, *La libre circulation et le statut politique des ressortissants communautaire*, in *Cab. Dr. Eur.*, 1976, p. 63) a chiedersi se, conseguentemente, il Rutili avrebbe potuto essere legittimamente espulso nel caso in cui il turbamento dell'ordine pubblico fosse derivato, p.e., dalla sua partecipazione ad una campagna elettorale. La questione (che è di notevole rilievo: una volta ammessa l'assenza di uno statuto politico comunitario del lavoratore migrante, si potrebbe allora ritenere legittimo il rifiuto del visto di ingresso o l'espulsione, per la semplice appartenenza di questi ad un partito invisibile al governo dello Stato ospite?) va a nostro avviso risolta sotto il profilo della valutazione della effettiva esistenza di un interesse legittimo per l'assunzione del provvedimento: se infatti lo Stato non adotta misure equivalenti nei confronti dei lavoratori nazionali (e cioè, seguendo

l'esempio su citato, se lo Stato consente la loro partecipazione alle attività di quel partito, se ne può ragionevolmente derivare l'assenza di quella "minaccia effettiva e abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività" che soltanto può giustificare il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico (per una critica in tal senso della sentenza *Van Duyn*, v. *supra*, § 5).

140. *Royer*, cit., *Racc.* 1976, p. 517.

141. *Bonsignore*, cit., *Racc.* 1975, p. 306.

142. *Rutili*, cit., *Racc.* 1975, p. 1236, *Pecastaing*, cit., *Racc.* 1980, p. 716, *Santillo*, cit., *Racc.* 1980, p. 1062.

143. La letteratura sul tema è alquanto ampia. Oltre alle opere già citate, v. BARAV, *La libre circulation des travailleurs, l'ordre public et le pouvoir des sanctions des Etats membres*, in *Rev. Trim. Dir. Eur.*, 1977, p. 7219; BARAV e THOMSON, *Deportation of EEC nationals from the United Kingdom in the light of the Boucherau case*, in *Legal Issues for European Integration*, 1977, p. 1; DESMEDET, *Les deux directives du Conseil de la CEE concernant la police des étrangers*, in *Cah. Dr. Eur.*, 1966, p. 65; DISTEL, *Expulsion des étrangers, droit communautaire et respect de droit de la défense*, in *Rec. Dalloz-Sirey*, 1977, p. 165; DRUESNE, *La réserve d'ordre public de l'article 48 du Traité de Rome*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1976, p. 229; DUBOIS, *Le juge administratif français et les mesures de police prise à l'encontre des étrangers*, in *Rev. Critique Dr. International Privé*, 1976, p. 301; ELLIS, *Deportation of a Community national after imprisonment*, in *Law Quart. Rev.*, 1981, p. 553; EVANS, *Ordre public, public policy and United Kingdom immigration law*, in *Eur. Law Rev.*, 1978, p. 370; GIULIANO, *Les procédures d'application des mesures d'ordre public, les voies des recours contre ces mesures compte tenu des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs et de l'article 177 du Traité*, *Rapporto alle "Journées d'information" di Bruxelles del 10.11.5.1966, organizzate dalla Commissione CEE per funzionari nazionali dei Ministeri dell'interno e della giustizia*; JAENICKE, *Les mesures devant servir pour le maintien de l'ordre public en conformité avec les dispositions de la libre circulation dans le cadre de la Communauté*, *Rapporto ecc.*, op. ult. cit.; LYON-CAEN, *L'ordre public en matière de police des étrangers*, *Rapporto ecc.*, op. ult. cit.; ID., *Note*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1976, p. 141; SIMON, *Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes. A propos de l'arrêt Rutili*, in *Rev. Marché Comm.*, 1976, p. 201; TOMUSCHAT, *L'ordre public, menace pour la libre circulation?*, in

- Cah. Dr. Eur., 1975, p. 302; USHER, *How fundamental is public policy?*, in *Eur. Law Rev.*, 1977, p. 449; WOOLDRIDGE, *Free movement of EEC Nationals: the limitation based on public policy and public security*, in *Eur. Law Rev.*, 1977, p. 190; WYATT, *Article 48 (3) EEC: the "public policy" proviso*, in *Eur. Law Rev.*, 1977, p. 217.
144. Alle stesse conclusioni, sulla base di argomentazioni diverse, giunge NAPOLETANO, *Libera circolazione dei lavoratori e limiti al principio di non discriminazione*, in *Riv. dir. int.*, 1972, p. 693.
145. V. infatti le osservazioni di HARTLEY, *Public policy and internal free movement: a critical comment on the Rutili decision*, in *Eur. law. Rev.*, 1977, p. 473.
146. LYON-CAEN, *La réserve d'ordre public. ecc.*, op. cit., p. 695. dopo essersi chiesto per quali motivi lo straniero costituisca per lo Stato un pericolo potenzialmente superiore al cittadino nazionale, risponde che storicamente l'"Etat faisant retomber sur l'étranger la méfiance que lui inspire les Etats étrangers, l'étranger constitue une menace latente pour la sécurité ... un ennemi putatif ..."
147. Preambolo del Trattato CEE.
148. Non ci sembrano infatti condivisibili le osservazioni dell'Avv. Gen. Trabucchi in *Watson* (cit., *Racc.* 1976, p. 1208) allorché sostiene che l'assenza di una "cittadinanza comunitaria" giustifica eventuali diversità nello status del lavoratore migrante per quanto riguarda il godimento dei diritti di mobilità territoriale e professionale: il non possedere la cittadinanza dello Stato ospite può spiegare il mancato godimento dei diritti politici, non l'adozione di misure speciali quali quelle in esame. Che provvedimenti d'ordine pubblico costituiscano una (irragionevole) eccezione al principio della parità di trattamento è sostenuto implicitamente da USHER, *op. cit.*, p. 452.
149. Ci riferiamo alle osservazioni della Corte in *Van Duyn*, cit., *Racc.* 1974, p. 1351, ove si rileva come il rifiuto d'ingresso nel territorio non possa essere opposto da parte di uno Stato nei confronti di un proprio cittadino per l'operare in tal senso di un principio di diritto internazionale generale che quindi giustificerebbe la discriminatorietà intrinseca all'adozione di tale misura nei confronti dei soli lavoratori di altri Stati membri. Il ragionamento non ci sembra del tutto conseguente. Se infatti è vero che esiste una norma consuetudinaria del tipo invocato, è anche

vero che tale constatazione non rende alcuna ragione del fatto che, nel tutelare il proprio interesse all'“ordine pubblico”, lo Stato adotti appunto quel particolare genere di misure e non piuttosto le misure equivalenti cui ricorre nel caso in cui in identiche situazioni vengano a trovarsi dei propri cittadini.

150. Così LYON-CAEN, *La réserve d'ordre public, ecc.*, op. cit., p. 703 ss.
151. Cfr. le osservazioni in tal senso della Commissione e dell'Avv. Gen. Mayras in *Sotgiu*, cit., *Racc.* 1974, p. 158 e 169, e, più recentemente, le conclusioni dello stesso Avv. Gen. nella sentenza 17 dicembre 1980 in causa 149/79, *Commissione c. Regno del Belgio*, *Racc.* 1980, p. 3881 (in particolare, p. 3914 s., ove si sostiene esplicitamente l'estensibilità alla deroga ex art. 48,4 di buona parte della “cornice” comunitaria alla parallela eccezione dell'ordine pubblico).
152. Parlando genericamente di “impieghi nella pubblica amministrazione” il Trattato sembra infatti consentire un'applicazione della deroga ben più ampia di quanto dovrebbe essere consentito alla luce degli obbiettivi dell'integrazione comunitaria: cfr. in tal senso le osservazioni degli onn. Broeks e Memmel nella seduta del 17.1.1972 del Parlamento Europeo e l'ipotesi ivi espressa di una possibile futura revisione della norma in esame (*G.U.C.E. Disc. P.E.* n. 145 del 12 gennaio 1972, p. 12 ss.; v. anche la *Risoluzione sulla definizione dei concetti di servizio pubblico e di pubblico potere negli Stati membri e le sue conseguenze sull'applicazione dell'articolo 48, paragrafo 4, e dell'articolo 55 del Trattato CEE*, in particolare, i parr. 7-11, in *G.U.C.E.* n. C 10 del 5.2.1972).
- Più che una riforma del Trattato che, date le posizioni sinora espresse in materia degli Stati membri, rischierebbe di condurre a risultati opposti a quelli su ipotizzati, è piuttosto auspicabile, come sostenuto dall'Avv. Gen. Mayras nel caso ult. cit. (*Racc.* 1980, p. 3911), che siano le istituzioni comunitarie ad emanare norme di attuazione della clausola in esame, precisandone più chiaramente la portata (e riducendo così le difficoltà cui va oggi incontro la Corte quando è chiamata a risolvere casi ad essa relativi).
153. *Ibid.*, p. 162.
154. Un'opinione diversa manifesta invece MONACO, *La libera circolazione dei lavoratori, disciplina normativa*, in *Relazione al “Convegno di studi sulla libera circolazione nel quadro dei Trattati di*

Roma", Roma 5-6.9.1959.

155. *Supra*, § 6.
156. V. quanto osservato *supra*, § 6, in riferimento ai casi *Watson* e *Sagulo*.
157. Che tale approccio, seguito sinora dalla Corte soltanto nella valutazione della "ragionevolezza" di date sanzioni per l'inadempimento da parte di lavoratori migranti di formalità amministrative, possa essere generalizzato e valere anche per altre e diverse fattispecie è dimostrato, p.e., dalle tesi sostenute dall'Avv. Gen. Warner nelle sue Conclusioni al caso *Saunders*, (cit., *Racc.* 1979, p. 1142 ss.), sulle quali v. *supra*, § 6.
158. Ci riferiamo ovviamente, alla "cornice" giurisprudenziale sviluppata dalla Corte nelle sentenze: 12 novembre 1969 in causa 29/69, *Stauder*, *Racc.* 1969, p. 425; 17 dicembre 1970 in causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Racc.* 1970, p. 1135; 14 maggio 1974 in causa 4/73, *Nold*, *Racc.* 1974, p. 507. Sul significato di tale giurisprudenza e, più in generale, sul problema della protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, la letteratura è ormai vastissima. Per una rapida ricostruzione del dibattito in materia v., fra gli altri: PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne*, in *Cab. Dr. Eur.*, 1968, p. 629 ss.; BERNHARDT, *Problemi relativi ad un catalogo di diritti fondamentali per le Comunità Europee*, in *Boll. C.E., Suppl.* 5/76; COHEN-JONATHAN, *La Cour des Communautés Européennes et les droits de l'homme*, in *Rev. Marché Commun*, 1978, p. 74 ss.; ID., *Le Parlement Européenn et les droits de l'homme*, in *Rev. Marché Commun*, 1978, p. 384 ss.; FERRARI BRAVO, *Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità Europee alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. eur.*, 1979, p. 347 ss. Per ulteriori indicazioni bibliografiche v. poi PERNICE, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschafts Recht*, 1979.
159. Una prima applicazione concreta di tale tecnica integrativa si è avuta nella sentenza 13 dicembre 1979 in causa 44/79, *Hauer*, *Racc.* 1979, p. 3727, su cui v. i giusti rilievi critici di BELLINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer*, in *Riv. dir. int.*, 1981, p. 318 ss.
160. A titolo meramente indicativo, fra le tante opere esistenti, si rinvia, per l'esperienza italiana, a FRAGALI, *Aspetti del sindacato di costituzionalità per lesione del principio di eguaglianza*, in

Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente, vol. VI, 1969, p. 271 ss., e, per l'esperienza tedesca, a KLEIN, *The principle of equality and its protection in the Federal Republic of Germany*, in KOOPMANS (ed.), *Constitutional Protection*, ecc., op. cit., p. 125 ss.

161. V. sul punto WOLFERS, *Note sur le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français en matière de réglementation économique*, in BUCH, FORIERS e PERELMAN (a cura di), *L'Egalité*, cit., p. 217 ss.
162. Com'è noto l'articolo impone la parità di trattamento non in generale, ma solo rispetto al godimento dei diritti e delle libertà sanciti dalla Convenzione (cfr. PALADIN, *Il divieto di discriminazioni e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1974, p. 446 ss.). Ciò non toglie che esso possa svolgere una propria autonoma funzione di garanzia, e fornire quindi indicazioni alla magistratura comunitaria (v. infatti EISSEN, *L'"autonomie" de l'Article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Commission*, in *Mélanges offerts à Polys Modinos*, 1968, p. 122 ss.; v. anche più di recente SUNDBERG-WEITMANN, *Legal test for applying the European Convention on Human Rights and Freedoms in adjudicating an alleged discrimination*, in *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, 1980, p. 32 ss.).
163. V. l'ampia analisi di TRIGGIANI, *Osservazioni sulla discriminazione in materia di lavoro nel diritto internazionale e nel diritto interno*, in *Riv. trim. dr. pubbl.*, 1976, p. 1526 ss. (in particolare le pp. 1533 - 1540). Cfr. anche i risultati dell'inchiesta del *Centre français de droit comparé* sulla situazione giuridica all'interno degli Stati membri della Comunità in materia di discriminazioni nei rapporti di lavoro, pubblicati nella *Rev. int. dr. comp.*, 1969, p. 5 ss.
164. E cioè, se è senz'altro vero che il problema della protezione comunitaria dei diritti fondamentali è sorto essenzialmente in vista della garanzia dei singoli dall'agire discrezionale delle istituzioni di Bruxelles, crediamo nondimeno che difficilmente, una volta riconosciuta una norma materiale quale parte dell'*higher Law* delle Comunità Europee, questa potrebbe poi non produrre alcun effetto nei confronti degli altri soggetti dell'ordinamento, vale a dire Stati membri e privati.

La questione non è del tutto marginale ai fini della nostra indagine. Il mancato ricorso nella

giurisprudenza esaminata (a differenza di quanto avvenuto in altri settori: v. la nota seguente) a questa o a simili tecniche integrative del diritto scritto comunitario in vista di una più chiara affermazione del principio di eguaglianza, potrebbe infatti spiegarsi e giustificarsi, qualora si sostenesse la tesi opposta, appunto col fatto che, essendosi sinora avuta nella materia disciplinata dagli artt. 48 ss. una limitata produzione di diritto comunitario derivato, la Corte è stata chiamata essenzialmente a valutare l'attività di Stati membri (e privati) più che delle istituzioni di Bruxelles (come rilevato *supra*, § 4).

Ovviamente non è questa la sede per entrare nella complessa questione della ipotizzabilità di una "incorporation" comunitaria, e cioè dello svolgersi nelle Comunità Europee di un fenomeno simile a quello che negli Stati Uniti d'America ha portato all'applicazione del *Bill of Rights* federale ai singoli Stati dell'Unione (cfr. comunque, sul punto, le diverse posizioni di CAPPELLETTI, *The "Mighty Problem" of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis*, in *Legal Issues of European Integration*, 1979, p. 21; WEILER, *Supranational law and the supranational system - Legal structure and political process in the European Community*, Tesi di dottorato presso l'Istituto Universitario Europeo, 1982, p. 297 ss.; DRZEMCZEWSKI, *The Domestic Application of the European Human Rights Convention as European Community Law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1981, p. 118 ss., in particolare p. 134 ss.; WAELEBROEK, *La protection des droits fondamentaux à l'égard des Etats membres dans le cadre communautaire*, in *Mélanges Debousse*, op. cit., p. 333 ss.). Basterà qui rilevare, comunque, le notevoli difficoltà cui si va incontro quando si cerchi di dare un chiaro fondamento teorico alla utilizzazione di un "doppio standard" nel controllo comunitario di legalità *ex* diritti fondamentali. Per fare un esempio fra i tanti possibili (ed attinente alla materia qui in esame), si consideri infatti il caso in cui la Corte, dopo aver riconosciuto l'operatività nei confronti dei poteri comunitari del divieto, diciamo, di discriminazioni razziali, sia poi chiamata a valutare un provvedimento statale in materia di condizioni di impiego dei lavoratori migranti lesivo di tale divieto. Sulla base di quale logica la Corte potrebbe allora limitarsi a verificare la legittimità dell'atto sotto il solo profilo della parità di trattamento secondo nazionalità ritenendo così esaurito il proprio compito? In particolare, non sarebbe in un certo senso assurda la situazione alla quale tale tipo di scrutinio ristretto potrebbe condurre qualora, proprio in conseguenza dell'accertata violazione dell'imperativo di cui all'art.

7, lo Stato membro si ritenesse comunitariamente vincolato, appunto al fine di sanare tale inadempimento dei propri obblighi, ad *estendere* l'ambito soggettivo di applicazione della normativa discriminatoria secondo la razza (e cioè, p.e., ad indirizzare anche ai lavoratori nazionali norme originariamente dirette ai soli lavoratori stranieri)?.

165. Sentenza 19 ottobre 1977 in cause riunite 117/76 e 16/77, *Ruckedeschel e Diamalt*, *Racc.* 1977, p. 1769, e sentenza 19 ottobre 1977 in cause riunite 124/76 e 20/77, *Moulins et builleries de Pont-à-Mousson e "Providence agricole de la Champagne"*, *Racc.* 1977, p. 1811.
166. *Racc.* 1977, p. 1773 ss.

PUBLICATIONS OF THE EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

EUI WORKING PAPERS:

- | | | |
|----------|---|--|
| No. 1 : | Jacques PELKMANS | The European Community and the Newly Industrialized Countries |
| No. 2 : | Joseph H.H. WEILER | Supranationalism Revisited - Retrospective and Prospective. The European Communities After Thirty Years. |
| No. 3 : | Aldo RUSTICHINI | Seasonality in Eurodollar Interest Rates |
| No. 4 : | Mauro CAPPELLETTI/
David GOLAY | Judicial Review, Transnational and Federal: Impact on Integration |
| No. 5 : | Leonard GLESKE | The European Monetary System: Present Situation and Future Prospects |
| No. 6 : | Manfred HINZ | Massenkult und Todessymbolik in der national-sozialistischen Architektur |
| No. 7 : | Wilhelm BURKLIN | The 'Greens' and the 'New Politics': Goodbye to the Three-Party System? |
| No. 8 : | Athanasios MOULAKIS | Unilateralism or the Shadow of Confusion |
| No. 9 : | Manfred E. STREIT | Information Processing in Futures Markets - An Essay on the Adequacy of an Abstraction |
| No. 10 : | Kumaraswamy VELUPILLAI | When Workers Save and Invest: Some Kaldorian Dynamics |
| No. 11 : | Kumaraswamy VELUPILLAI | A Neo-Cambridge Model of Income Distribution and Unemployment |
| No. 12 : | Kumaraswamy VELUPILLAI/
Guglielmo CHIODI | On Lindahl's Theory of Distribution |
| No. 13 : | Gunther TEUBNER | Reflexive Rationalität des Rechts |
| No. 14 : | Gunther TEUBNER | Substantive and Reflexive Elements in Modern Law |
| No. 15 : | Jens ALBER | Some Causes and Consequences of Social Security Expenditure Development in Western Europe, 1949-1977 |
| No. 16 : | Ian BUDGE | Democratic Party Government: Formation and Functioning in Twenty-one Countries |
| No. 17 : | Hans DAALDER | Parties and Political Mobilization: An Initial Mapping |
| No. 18 : | Giuseppe DI PALMA | Party Government and Democratic Reproducibility: The Dilemma of New Democracies |
| No. 19 : | Richard S. KATZ | Party Government: A Rationalistic Conception |

No. 20 :	Jürg STEINER	Decision Process and Policy Outcome: An Attempt to Conceptualize the Problem at the Cross-National Level
No. 21 :	Jens ALBER	The Emergence of Welfare Classes in West Germany: Theoretical Perspectives and Empirical Evidence
No. 22 :	Don PATINKIN	Paul A. Samuelson and Monetary Theory
No. 23 :	Marcello DE CECCO	Inflation and Structural Change in the Euro-Dollar Market
No. 24 :	Marcello DE CECCO	The Vicious/Virtuous Circle Debate in the '20s and the '70s
No. 25 :	Manfred E. STREIT	Modelling, Managing and Monitoring Futures Trading: Frontiers of Analytical Inquiry
No. 26 :	Domenico Mario NUTI	Economic Crisis in Eastern Europe - Prospects and Repercussions
No. 27 :	Terence C. DAINTITH	Legal Analysis of Economic Policy
No. 28 :	Francis C. CASTLES/ Peter MAIR	Left-Right Political Scales: Some Expert Judgements
No. 29 :	Karl HOHMANN	The Ability of German Political Parties to Resolve the Given Problems: the Situation in 1982
No. 30 :	Max KAASE	The Concept of Political Culture: Its Meaning for Comparative Political Research
No. 31 :	Klaus TOEPFER	Possibilities and Limitations of a Regional Economic Development Policy in the Federal Republic of Germany
No. 32 :	Ronald INGLEHART	The Changing Structure of Political Cleavages Among West European Elites and Publics
No. 33 :	Moshe LISSAK	Boundaries and Institutional Linkages Between Elites: Some Illustrations from Civil-Military Elites in Israel
No. 34. :	Jean-Paul FITOUSSI	Modern Macroeconomic Theory An Overview
No. 35 :	Richard M. GOODWIN/ Kumaraswamy VELUPILLAI	Economic Systems and their Regulation
No. 36 :	Maria MAGUIRE	The Growth of Income Maintenance Expenditure in Ireland, 1951-1979
No. 37 :	G. Lowell FIELD/ John HIGLEY	The States of National Elites and the Stability of Political Institutions in 81 Nations, 1950-1982
No. 38 :	Dietrich HERZOG	New Protest Elites in the Political System of West Berlin: The Eclipse of Consensus?
No. 39 :	Edward O. LAUMANN David KNOKE	A Framework for Concatenated Event Analysis

No. 40 :	Gwen MOORE/ Richard D. ALBA	Class and Prestige Origins in the American Elite
No. 41 :	Peter MAIR	Issue-Dimensions and Party Strategies in the Irish Republic, 1948 - 1981: The Evidence of Manifestos
No. 42 :	Joseph H.H. WEILER	Israel and the Creation of a Palestinian State - The Art of the Impossible and the Possible
No. 43 :	Franz URBAN PAPPI	Boundary Specification and Structural Models of Elite Systems: Social Circles Revisited
No. 44 :	Thomas GAWRON/ Ralf ROGOWSKI	Zur Implementation von Gerichtsurteilen Hypo- thesen zu den Wirkungsbedingungen von Entschei- dungen des Bundesverfassungsgerichts.
No. 45 :	Alexis PAULY René DIEDERICH	Migrant Workers and Civil Liberties
No. 46 :	Alessandra VENTURINI	Is the Bargaining Theory Still an Effective Framework of Analysis for Strike Patterns in Europe?
No. 47 :	Richard A. GOODWIN	Schumpeter: the Man I Knew
No. 48 :	J-P. FITOUSSI/ Daniel SZPIRO	Politique de l'Emploi et Réduction de la Durée du Travail
No. 49 :	Bruno DE WITTE	Retour à Costa. La Primauté du Droit Commu- nautaire à la Lumière du Droit International.
No. 50 :	Massimo A. BENEDETTELLI	Eguaglianza e Libera Circolazione dei Lavoratori: Principio di Eguaglianza e Divieti di Discrimi- nazione nella Giurisprudenza Comunitaria in Materia di Diritti di Mobilità Territoriale e Professionale dei Lavoratori.
No. 51 :	Gunther TEUBNER	Corporate Responsibility as a Problem of Company Constitution.
No. 52 :	Erich SCHANZE	Potentials and Limits of Economic Analysis: The Constitution of the Firm.
No. 53 :	Maurizio COTTA	Career and Recruitment Patterns of Italian Legislators. A Contribution to the Understanding of a Polarized Political System.
No. 54 :	Mattei DOGAN	How to Become a Cabinet Minister in Italy: Unwritten Rules of the Political Game.
No. 55 :	Mariano BAENA DEL ALCAZAR/ Narciso PIZARRO	The Structure of the Spanish Power Elite 1939-1979.
No. 56 :	Berc RUSTEM/ Kumaraswamy VELUPILLAI	Preferences in Policy Optimization and Optimal Economic Policy.

